

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ

EN MATIÈRE DE SAISIE-ARRÊT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 6 Décembre 1909, à 3 heures.

PAR

JACQUES BERMOND

Président : M. LE POITTEVIN, *professeur.*
Suffragants : { MM. GARÇON, *professeur.*
 TISSIER, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (3^e ARR^t)

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ

EN MATIÈRE DE SAISIE-ARRÊT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 6 Décembre 1909, à 3 heures.

PAR

JACQUES BERMOND

Président : M. LE POITTEVIN, professeur.

Suffragants : { MM. GARÇON, professeur.
TISSIER, professeur.



PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1909

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR LA SAISIE-ARRÊT ET SES EFFETS

- § 1. — Qu'est-ce que la saisie-arrêt ?
- § 2. — Mécanisme de la saisie-arrêt.
- § 3. — Etendue de la saisie-arrêt et de ses dangers.
- § 4. — Aperçu des remèdes apportés à ces dangers non traités dans cet ouvrage.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR LA SAISIE-ARRÊT ET SES EFFETS

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Il est indispensable, pour bien comprendre l'intérêt pratique de notre sujet, d'examiner très rapidement ce qu'est la saisie-arrêt et quels sont ses effets, tout au moins en ce qui concerne le saisi. Ce n'est que lorsqu'on se sera bien rendu compte de la situation critique dans laquelle cette mesure communément traitée de conservatoire, peut mettre le saisi, qu'on appréciera les efforts faits de tous temps par les tribunaux pour accorder au saisi des sauvegardes que la loi, dans sa conception forcément un peu abstraite, avait ou a encore négligé d'édicter.

Qu'est-ce que la saisie-arrêt ?

L'article 557 du Code de procédure civile en donne la définition suivante :

« Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers, les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise. »

Ce qui frappe tout d'abord dans cette définition, c'est l'absence des formalités ordinaires nécessaires à l'accomplissement des saisies.

En effet, la caractéristique des saisies est de ne pouvoir être faites qu'en vertu de titres authentiques, c'est-à-dire jugements ou actes notariés, et que postérieurement à une mise en demeure, commandement, également faite en vertu de seuls titres authentiques.

Tout au contraire l'art. 557 du Code de procédure nous montre qu'il n'est pas besoin de titres authentiques pas plus que de mise en demeure pour pouvoir faire une saisie-arrêt.

On peut d'ailleurs remarquer que cette exception

au droit commun se retrouve dans toutes les saisies dites conservatoires, et dans lesquelles il est indispensable, pour que le but proposé soit atteint, que la mesure qui sera prise par le saisissant, soit ignorée du saisi jusqu'au dernier moment.

C'est ainsi que sont exceptées de la nécessité du titre authentique et du commandement préalable : la saisie-foraine, la saisie-contrefaçon, la saisie-conservatoire en matière commerciale (art. 417 du C. pr. c.) et la saisie-gagerie. Cette dernière est cependant astreinte à la formalité du commandement préalable (art. 819 du C. pr. c.).

Si nous continuons l'analyse de la définition donnée par l'art. 557, nous voyons que la saisie arrêt consiste à arrêter entre les mains d'un tiers les sommes ou effets appartenant à son débiteur ou s'opposer à leur remise.

Nous voyons qu'à l'encontre de la saisie ordinaire qui ne comprend que deux personnes : le saisissant et le saisi, la saisie-arrêt en comporte trois nécessairement. Cette troisième personne appelée le « tiers saisi » se trouve être le débiteur du débiteur du saisissant.

En cela, la saisie-arrêt présente une certaine analogie avec la lettre de change qui comme elle suppose trois personnes, tout au moins à l'origine et ayant les mêmes qualités : un créancier, son débiteur, et le débiteur de ce dernier ; le premier se faisant payer par le dernier en l'acquit du second. Enfin, la partie finale de l'art. 557 nous montre la dernière caractéristique

de la saisie-arrêt qui est une défense ou opposition, par le créancier au tiers-saisi, à la remise des sommes ou effets arrêtés au débiteur : caractéristique qui a fait appeler la saisie-arrêt « opposition ».

De ces quelques commentaires, nous pouvons proposer de la saisie-arrêt la définition suivante :

« La saisie-arrêt est la défense faite par le créancier
« (saisissant) au débiteur (tiers-saisi) de son propre
« débiteur (saisi) de remettre à ce dernier aucuns
« effets ou valeurs qu'il peut lui devoir à quelque titre
« que ce soit. »

Et par débiteur (tiers-saisi) du débiteur du créancier on entend non seulement celui qui doit en son nom propre, mais encore celui qui doit à raison de certaines qualités, telles que détenteur, dépositaire, mandataire, etc....

Enfin, la saisie-arrêt, contrairement aux saisies-exécution, ne comporte pas la description des objets saisis. Alors, en effet, que dans les saisies-exécution l'état, la description et l'identification des objets saisis est faite par l'huissier au moment même où il opère sa saisie, dans un acte appelé procès-verbal de saisie, au contraire dans la saisie-arrêt, cette énumération des sommes ou effets saisis-arrêtés n'a lieu que plus tard, au moment de la déclaration affirmative, ainsi que nous le verrons ultérieurement. Disposition qui est souvent très préjudiciable au créancier opposant, le tiers-saisi pouvant très facilement s'il est complice avec

le saisi, faire disparaître les effets ou sommes saisis-arrêtés entre ses mains. Il nous suffira de faire remarquer qu'en pratique, une forte proportion des saisies-arrêts se termine par une déclaration affirmative absolument négative, c'est-à-dire de laquelle il ressort que le tiers-saisi ne possède rien pour le compte du saisi, ou ne lui doit rien — ce qui rend la saisie-arrêt de nul effet. Il convient cependant de remarquer que le résultat souvent négatif de la saisie-arrêt ne provient pas exclusivement de la fraude du tiers-saisi et du saisi, mais encore du zèle exagéré du saisissant ou de ses Conseils qui ont la tendance de former opposition partout où ils espèrent trouver des fonds dûs à leur débiteur, espérances souvent déçues.

De cet aperçu de la saisie-arrêt, il résulte que cette institution est une voie d'exécution mise à la disposition du créancier, voie d'exécution de beaucoup la plus pratique ainsi que nous allons le prouver, surtout de nos jours, où la fortune mobilière a pris et continuera encore à prendre une extension énorme. — Quels moyens la loi a-t-elle donné en effet au créancier pour se faire payer. Ils se résument à trois : la saisie mobilière ; la saisie immobilière et la saisie-arrêt.

Quoique le cadre de cet ouvrage ne comporte pas l'étude de ces différentes voies d'exécution, il est intéressant de les examiner rapidement pour justifier l'avis précédemment émis : à savoir que la saisie-arrêt

est le moyen d'exécution le plus pratique et le plus répandu.

La saisie mobilière ou saisie-exécution frappe les objets mobiliers appartenant au débiteur et se trouvant en sa possession. — Cette saisie, comme toutes les saisies-exécution, nécessite une mise en demeure préalable et un titre exécutoire, c'est-à-dire définitif, en règle générale, l'exécution provisoire des jugements étant exceptionnelle, d'où première infériorité sur la saisie-arrêt qui n'exige ni titre authentique, ni mise en demeure préalable. — Au point de vue pratique, elle a également de gros inconvénients qu'il est utile de bien faire ressortir pour montrer toute la supériorité de la saisie-arrêt.

Un débiteur contre lequel son créancier a un titre exécutoire passé en force de chose jugée et qui se refuse à payer ce créancier, ne peut être ou qu'insolvable ou de mauvaise foi. S'il est insolvable, le créancier qui aura recours à la saisie-exécution, n'aura en général qu'un mobilier de très minime valeur, absorbé d'ailleurs, la plupart du temps par le privilège du propriétaire impayé et par les frais privilégiés de poursuite et de vente, laquelle se fait toujours dans de très mauvaises conditions.

Si son débiteur est de mauvaise foi, le créancier ne pourra même pas tenter une réalisation si mauvaise soit-elle. Lorsque son huissier se présentera pour saisir dans un appartement ou un hôtel d'apparence des

plus promettante, il lui sera répondu et justifié avec pièces en mains, d'ailleurs toujours préparées, que le loyer n'est pas au nom du débiteur, que celui-ci est séparé de biens d'avec sa femme qui est seule locataire — ou même, dernière ressource pour les célibataires, et nous avons eu l'occasion de voir le cas, que le loyer est au nom de la bonne du débiteur.

Cette race de débiteurs, d'ailleurs fort au courant du droit, a pris des proportions considérables avec l'évolution de la vie moderne, et nous pouvons, sans exagérer, avancer que, contre un débiteur de mauvaise foi, la saisie-exécution mobilière est lettre morte.

Quant à la saisie immobilière, elle est peut-être encore moins pratique que la saisie-exécution et paraît réservée utilement aux créanciers hypothécaires conventionnels et aux créanciers ayant hypothèque légale seuls.

Que reste-t-il donc au créancier pour avoir une chance plus sûre de se faire payer : la saisie-arrêt.

Elle lui permettra, en effet, avant même d'avoir un titre exécutoire, de saisir des sommes ou objets dûs à son débiteur ou détenus par un tiers pour son compte, c'est-à-dire d'empêcher ces sommes ou objets de tomber aux mains de ce débiteur, de les immobiliser entre les mains du tiers-saisi, et partant, d'empêcher son débiteur d'en disposer tant qu'il ne sera pas payé.

Sans la saisie-arrêt, ces sommes auraient pu rentrer dans le patrimoine de son débiteur et le créancier qui n'avait pas de titre exécutoire, ne pouvait empêcher son débiteur de les aliéner ou faire disparaître, et il n'aurait plus rien trouvé le jour où il aurait été enfin en mesure de les saisir-exécuter.

Il est évident que si, avec un peu d'habileté et beaucoup moins d'honnêteté, un débiteur peut se mettre totalement à l'abri d'une saisie-exécution, il lui est beaucoup plus difficile de se parer contre une saisie-arrêt. Pour vivre, il faut qu'il ait ou gagne de l'argent, et son créancier, à force de patience et de renseignements, doit arriver à saisir-arrêter utilement.

C'est ce qui explique l'extension très grande qu'a toujours eue la saisie-arrêt et celle encore plus grande qu'elle a prise en ces derniers temps, où la majeure partie des fortunes est composée de droits incorporels mobiliers, saisissables seulement par voie de saisie-arrêt, et c'est ce qui fait que la saisie-arrêt est la branche la plus vivante, la plus intéressante à étudier, des voies d'exécution.

Nous venons de voir que la saisie-arrêt se résumait en une défense faite par le créancier (saisissant), au débiteur (tiers-saisi) de son débiteur (saisi), de remettre à ce dernier tout ce qu'il peut lui devoir ou détenir pour son compte, à quelque titre que ce soit.

Sous quelle forme doit être faite cette défense, et comment le créancier saisissant arrive-t-il à se faire

payer par le tiers-saisi sur les objets ou sommes saisis-arrêtés, c'est ce qui fera l'objet du paragraphe 2 de ce chapitre.

Mécanisme de la saisie-arrêt

I. — En vertu de quoi peut-on pratiquer une saisie-arrêt ?

L'article 557 du Code de procédure civile nous dit que l'on peut pratiquer une saisie-arrêt en vertu d'un titre authentique ou d'un titre privé, et l'article 558 ajoute qu'à défaut de titre privé, on peut former saisie-arrêt en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le juge du domicile du saisi ou même du tiers-saisi.

L'article 557 est aussi général que possible — et il est de jurisprudence constante qu'on peut former saisie-arrêt en vertu d'un jugement non signifié (1) (ce qu'en pratique il est préférable de faire, pour éviter que le débiteur, rappelé au danger par la signification, ne prenne ses dispositions en conséquence),

1. Paris, 22 juillet 1895. D. P. 96. 2. 225 et la note de M. Appleton.

et même sur simple certificat délivré par le greffier, pourvu que la minute soit signée et enregistrée ; en vertu d'un jugement frappé d'appel, alors même que ce jugement n'est pas exécutoire par provision (1).

Cependant, la jurisprudence, estimant que l'opposition, régulière en la forme, à un jugement par défaut, a pour résultat de le mettre à néant et de replacer les parties au même état où elles se trouvaient avant ce jugement, décide qu'on ne peut former une saisie-arrêt en vertu d'un jugement de défaut frappé d'opposition et qu'en conséquence, doit être annulée la saisie-arrêt faite en vertu d'un tel titre (2). En pareil cas, le créancier n'a qu'à présenter requête au Président afin d'être autorisé à pratiquer saisie-arrêt, conformément à l'article 558 du Code de procédure civile et à mettre à l'appui de sa requête la grosse du jugement de défaut dont est opposition — semblables requêtes sont toujours répondues.

Quant aux titres privés dont parle l'article 557 du Code de procédure civile, c'est toute pièce par laquelle le futur saisi s'est reconnu débiteur vis-à-vis du saisissant, billets à ordre, reconnaissance de dettes, lettres missives (tout au moins lorsque la lettre se suffit à elle-même et forme un tout valant titre), compte courant dont le solde a été approuvé par le débiteur, etc...

1. Paris, 13 décembre 1894. D. P. 95. 2. 490.

2. Civ. r. 3 février 1892. D. P. 92. 1. 115.

Ces titres doivent, bien entendu, émaner du débiteur et en porter la signature. Un chèque manquant de provision est à juste titre considéré comme titre privé dans le sens de l'article 557, en vertu duquel on peut faire saisie-arrêt (1).

Les titres devant être copiés, au moins en partie en tête de l'exploit de saisie-arrêt, ainsi que nous le verrons plus tard, doivent naturellement être timbrés et enregistrés.

A défaut de titres authentiques ou privés, le créancier présente, avec pièces justificatives à l'appui, requête au juge soit du domicile du saisi, soit du tiers saisi, afin d'être autorisé à pratiquer saisie-arrêt.

Si le juge estime la demande du saisissant bien fondée, il rend une ordonnance l'autorisant à pratiquer opposition, et c'est en vertu de cette ordonnance que la saisie-arrêt est faite.

Nous reviendrons sur cette ordonnance rendue en conformité de l'article 558 du Code de procédure civile, lorsque nous traiterons de la clause de référé.

Enfin, pour pouvoir pratiquer saisie-arrêt, il faut que la créance pour conservation et sûreté de laquelle on saisit, remplisse les conditions générales exigées par l'article 551 du Code de procédure civile pour les saisies-exécutions, c'est-à-dire qu'elle soit exigible,

1. Tribunal civil de Charolles, 30 novembre 1893. D. P., 94. 2. 126.

certaine (1) et liquide. Cependant, au cas où la créance n'est pas liquide, le juge a pouvoir pour la liquider provisoirement (article 559 § 2 du Code de procédure civile).

II. — Exploits que comporte la saisie-arrêt.

A. — *Opposition.*

La procédure de saisie-arrêt débute par l'ordre adressé par le créancier (saisissant) au débiteur (tiers-saisi) de son propre débiteur (saisi) de ne rien remettre à ce dernier de ce qu'il peut lui devoir, à peine d'être obligé de payer deux fois (articles 565 du Code de procédure et 1242 du Code civil).

Cette défense de payer ou de se dessaisir est faite à la requête du créancier par exploit d'huissier signifié au tiers-saisi. Outre les formalités requises pour tous les exploits d'huissier, celui de saisie-arrêt doit contenir l'énonciation du titre et de la somme pour laquelle l'opposition est faite. Lorsque la saisie-arrêt n'est plus pratiquée en vertu d'un titre, mais d'une ordonnance, conformément à l'article 558 du Code de procédure, la loi exige alors qu'il soit donné copie intégrale de

1. Cassation, 31 décembre 1860. S. 62. 1. 204 ; Dalloz. 61. 1. 463. Cour d'appel de Paris, 6^e Chambre, 4 août 1908, *Gazette des Tribunaux*, lundi 9 et mardi 10 novembre 1908, etc...

cette ordonnance. En pratique, on donne également copie de la requête qui contient les motifs que le créancier a fait valoir pour obtenir le permis de saisir. Toutes ces formalités, à l'exception de la copie de la requête, sont exigées à peine de nullité.

B. — *Dénonciation d'opposition.*

Cette défense de payer ou de se dessaisir faite au tiers-saisi, doit être portée, dans la huitaine de sa date outre les délais à raison des distances, s'il y a lieu, à la connaissance du saisi. Cet acte, appelé dénonciation d'opposition, se fait également par exploit d'huissier. Il contient la copie intégrale de l'acte d'opposition et doit contenir obligatoirement assignation en validité de la saisie-arrêt dont seuls les Tribunaux civils peuvent connaître. Cet acte peut contenir également assignation en paiement lorsque la saisie-arrêt n'est pas faite en vertu d'un titre authentique. Il est indispensable, en effet, pour que le Tribunal puisse valider une saisie-arrêt et en conséquence ordonner la remise des effets saisis entre les mains du saisissant ou leur vente publique le cas échéant, que le créancier ait un titre exécutoire contre le saisi. Cependant, rien ne s'oppose à ce que la demande en paiement soit portée par exploit distinct devant le Tribunal de Commerce, séparément de la demande en

validité qui ne peut dépendre que des Tribunaux civils. Cette façon de procéder, est fréquemment suivie, en pratique, dès que le Tribunal de Commerce est compétent pour statuer sur la demande en paiement. Le créancier, a en effet l'avantage d'obtenir jugement beaucoup plus rapidement qu'au Tribunal civil et à moindres frais, en même temps qu'il a à sa disposition une procédure lui facilitant certaines justifications qu'il serait peut-être embarrassé de faire valoir au civil.

Faute de demande en validité et de dénonciation dans les délais fixés par la loi, la saisie-arrêt est nulle (art. 565 du Code de pr. civ.).

C. — *Contre-dénonciation.*

Afin que le tiers-saisi sache si le saisissant s'est conformé aux prescriptions de la loi : dénonciation et assignation en validité, et en conséquence, si la saisie-arrêt est régulière tout au moins en la forme, la loi exige que le saisissant avise le tiers-saisi de l'accomplissement de ces formalités. Cet avis en est donné par un troisième et dernier exploit d'huissier signifié à la requête du saisissant au tiers-saisi et appelé « Contre-Dénonciation » (art. 564 du Code de pr. civ.).

Cet exploit, qui doit être fait dans les mêmes délais que ceux exigés pour la dénonciation d'opposition au

saisi, comprend la copie intégrale de l'exploit de dénonciation signifié au saisi.

Faute par le créancier d'avoir fait cette contre-dénonciation, il ne peut assigner le tiers-saisi en déclaration affirmative (au cas où la saisie-arrêt est faite en vertu d'un titre authentique), et de plus, les paiements faits par le tiers-saisi au saisi jusqu'à cette contre-dénonciation sont valables.

Tels sont les trois actes essentiels que nécessite toute saisie-arrêt pour être régulière et valable en la forme.

Que reste-t-il à faire au saisissant pour pouvoir toucher les sommes saisies-arrêtées ?

En principe, le créancier saisissant suit sur l'instance en validité qu'il a forcément engagée dans l'acte même de dénonciation ainsi que nous l'avons vu. C'est dans cette instance que le saisi fera valoir tous les moyens qu'il peut avoir pour faire déclarer la saisie-arrêt nulle, soit en la forme, soit au fond. Si le saisi échoue dans sa défense, le saisissant obtient alors un jugement validant sa ou ses saisies-arrêts, lequel ordonnera que le tiers-saisi devra lui remettre directement les sommes qu'il doit au saisi ou détient pour son compte en déduction, ou jusqu'à due concurrence de la créance du saisissant.

Si la saisie-arrêt a frappé des objets mobiliers corporels, la vente de ces objets sera ordonnée. C'est à ce moment que la saisie-arrêt devient une saisie-exé-

cution, dépossédant définitivement le saisi au profit du saisissant. C'est en réalité une cession de créance ordonnée par justice, cession opposable à tous les créanciers postérieurs à la signification de cette cession faite au débiteur cédé (art. 1690 C. civ.).

En effet, lorsque la saisie-arrêt porte sur une créance, la jurisprudence et la majorité de la doctrine décident que l'effet nécessaire du jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt, est de dessaisir le débiteur des sommes arrêtées pour en faire attribution et transport au saisissant qui, dans les limites où la saisie-arrêt a été autorisée et validée, devient créancier direct du tiers-saisi, en vertu d'une sorte de cession ou subrogation judiciaire (1).

Il est également de jurisprudence qu'à dater de la signification du jugement de validité et dès avant la remise matérielle des sommes saisies-arrêtées, le créancier saisissant a privilège sur ces sommes ou créances et que les oppositions pratiquées postérieurement à cette signification ne peuvent lui nuire, à raison même de la cession judiciaire que produit le jugement de validité.

Cependant, ce transport judiciaire ne se produit que du jour où le jugement de validité a acquis l'autorité

1. Notamment Cass., 28 févr. 1882 et 31 janv. 1842. Dall. rép., v. Saisie-arrêt, n. 445 en note, etc... Carré et Chauveau, t. IV, quest. 1971 *bis*. Demolombe, p. 27, n. 223. Glasson, note sous Cassation, 27 juin 1892, D. 93. 1. 25.

de la chose jugée, c'est-à-dire du jour seulement, en cas d'appel, où l'arrêt intervenu est devenu lui-même définitif (1).

1. Cass. 20 novembre 1860, Langlois S. 61. 1. 270. D. 60. 1. 478. 14 juillet 1869. Lebrun. Virley, S. 70. 1. 41. D. 70. 1. 136. Bioche, n. 245. Carré et Chauveau, t. IV, quest. 1972 *ter*. Boitard, Colmet Daage et Glasson, t. II, n. 833. Garsonnet et César Bru, 2^e édition, t. IV, n. 1440, p. 430.

V. Dodo, *Théorie et pratique de la saisie-arrest*, p. 97 et suivantes.

Etendue de la saisie-arrêt et de ses dangers

A. — Des effets de la saisie-arrêt.

Si nous supposons une saisie-arrêt régulière en la forme, quels seront ses effets ?

Vis-à-vis du saisissant et du tiers-saisi, la saisie-arrêt a pour effet de frapper d'une indisponibilité absolue toutes les sommes, valeurs, titres, objets saisis-arrêtés. Le tiers saisi ne pourra rien remettre au saisi au préjudice du saisissant. Cette indisponibilité absolue à l'égard du saisissant et du tiers-saisi résulte des termes de l'article 1242 du Code civil.

Vis-à-vis du saisi, la question est controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence, spécialement pour le cas où une cession de créance s'intercale entre plusieurs saisies-arrêts. Que le saisi puisse disposer par voie de cession de la partie des sommes saisies, représentant l'excédent des causes de la ou des saisies-arrêts antérieures à cette cession, ainsi qu'on le

reconnait généralement, il n'en est pas moins vrai que le bénéficiaire de la cession ne pourra rien toucher sur les sommes saisies-arrêtées, objets de la cession tant que le sort des oppositions n'aura pas été réglé. Le tiers-saisi a, en effet, reçu défense de se dessaisir de quoi que ce soit et il est bien certain qu'il ne passera pas outre à pareille défense, se trouvant exposé à payer deux fois.

On peut donc poser en principe qu'en pratique, une saisie-arrêt fût-elle de cause essentiellement minime, frappera d'indisponibilité absolue, tant au regard du saisissant que du saisi et du tiers-saisi, les sommes ou effets saisis-arrêtés, quelque disproportion qu'il y ait entre les causes des saisies-arrêts, et les sommes saisies-arrêtées.

Nous avons vu plus haut que pour que le tiers-saisi ne puisse payer le saisi et soit obligé de tenir compte de la saisie-arrêt, il était nécessaire que la contredénunciation lui ait été signifiée.

C'est là, certes, un point indiscutable en droit, mais les tiers-saisis ne sont pas forcés de le connaître, même ceux qui, de par leurs fonctions n'ont pas cette excuse, tels que les chefs de contentieux, ou des oppositions des grandes administrations, et jamais ils ne veulent prendre sur eux de payer nonobstant une opposition même nulle, arguant de ce que ce n'est pas à eux de se faire juge de la validité des oppositions.

On peut donc résumer l'effet pratique d'une saisie-

arrêt en disant que quelque disproportion qu'il y ait entre les sommes saisies-arrêtées et les causes de la saisie-arrêt, que quelque nullité de forme que l'on puisse relever dans une saisie-arrêt, celle-ci rend impossible tout paiement par le tiers-saisi au saisi.

Cette définition même, laisse deviner les dangers et les abus résultant d'une telle arme mise entre les mains d'un créancier.

B. — Ses abus.

La saisie-arrêt, pourrait-on objecter, n'est après tout qu'une saisie conservatoire et ne dépossède pas le créancier des sommes ou objets saisis-arrêtés. Cette dépossession ne peut être prononcée et exécutée que lorsque le saisissant a un titre-exécutoire contre le saisi, et à ce moment aucune objection ne peut plus être faite, puisque ce créancier pourrait recourir aux saisies-exécutions si bon lui semblait. Raisonement très dangereux, car, sous un semblant de parfaite logique, il se trouve faux. Il est bien certain qu'en droit la saisie-arrêt ne crée pas de dépossession au sens strict du mot, et que cette dépossession ne peut intervenir qu'avec le jugement de validité, mais en fait, cette dépossession ainsi que nous l'avons montré se produit du jour même de l'exploit de saisie-arrêt.

Est-ce posséder que d'avoir une chose dont on ne

peut disposer, dont on ne peut même pas se servir ? Dépossession encore plus grave et plus sensible que celle qui résulte de la saisie-exécution. En effet, la saisie-exécution ne porte que sur des meubles corporels, au moins en général ; ces meubles restent en la possession du saisi jusqu'à leur vente, il peut en jouir, en user (tout au moins à condition de n'en pas altérer la nature), et n'était l'impossibilité où le saisi se trouve de les aliéner ou donner, rien ne se trouve changé dans l'usage auquel ces meubles étaient destinés. Tout au contraire, la saisie-arrêt frappant, sauf d'assez rares exceptions des sommes d'argent, des créances, des valeurs, des revenus, etc., c'est-à-dire des choses dont on ne peut user sans les consommer, rend la dépossession du saisi absolue et complète. Effets d'autant plus dangereux qu'ainsi qu'on s'en souvient, point n'est besoin d'un titre exécutoire pour les produire — un simple titre privé, ou même à son défaut, une ordonnance du juge suffisent. Enfin, aucun texte n'empêche le créancier de pratiquer des saisies-arrêts partout où il le juge à propos, et cela se comprend.

La saisie-arrêt ne confère en effet au saisissant aucune préférence ni aucun privilège sur les sommes ou effets saisis-arrêtés, tout au moins à l'origine, et de plus, en vertu de ce principe que tous les biens du débiteur, sont le gage commun de ses créanciers, on ne peut empêcher ceux-ci d'en affecter plus spéciale-

ment quelques-uns à la sûreté de leur créance par la voie de la saisie-arrêt, puisque leur droit de gage s'étend sur la totalité des biens du débiteur. Enfin, comme le créancier saisissant peut avoir à subir le concours d'autres créanciers du saisi, tant antérieurs que postérieurs, que de plus, il ne sait pas le plus souvent, si ces saisies-arêts frappent quelque chose, ni l'importance des sommes ou effets saisis-arêtés au cas où la saisie serait efficace, on ne saurait songer à limiter par avance et d'une façon générale et abstraite le nombre des tiers-saisis ni le montant des sommes saisies-arêtées.

Mais si, de cette façon, les intérêts du saisissant se trouvent mieux sauvegardés, il arrive souvent que ceux du saisi sont sacrifiés, sans intérêt d'ailleurs pour le saisissant. Nous nous retrouvons là, comme en matière de voie d'exécution, entre deux intérêts opposés et tous deux dignes de considération : celui du saisi et celui du saisissant, celui du débiteur et celui du créancier. Lequel préférer ? question embarrassante, qui a été tranchée généralement par la loi, en faveur du créancier, tout en tâchant d'apporter au débiteur le plus de garanties possibles, garanties que les Tribunaux augmentent encore. C'est ainsi qu'en matière de saisie-exécution, l'article 622 du Code de procédure civile décide que : « Lorsque la valeur des « effets saisis excèdera le montant des causes de la saisie et des oppositions, il ne sera procédé qu'à la vente

« des objets suffisants à fournir la somme nécessaire
« pour le paiement des créances et frais ». — En
matière de saisie immobilière, l'article 2212 du Code
civil décrète que : « Si le débiteur justifie par baux
« authentiques, que le revenu net et libre de ses
« immeubles pendant une année, suffit pour le paie-
« ment de la dette en capital, intérêts et frais, et s'il en
« offre la délégation au créancier, la poursuite peut
« être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il
« survient quelque opposition ou obstacle au paie-
« ment ». — Mesures qui, toutes deux, tendent à éta-
blir une concordance entre les causes de la saisie, c'est-
à-dire la créance du saisissant et la valeur des objets
saisis. Ainsi que nous le verrons plus tard, pareille
disposition ne se rencontrait pas en ce qui concernait
la saisie-arrêt, et ce n'est qu'une loi toute récente
(17 juillet 1907) qui a empêché que des sommes hors
de proportion avec la créance du saisissant, ne soient
immobilisées jusqu'à l'issue de la saisie-arrêt. Mais
cette limitation ne se produit pas de plein droit et doit
être demandée et obtenue par voie de référé, et la pra-
tique a démontré au contraire qu'en raison même du
privilege qu'elle crée au profit du saisissant sur la
somme qui reste immobilisée, elle pousse le créancier
à mettre l'embargo le plus complet sur tous les biens
du débiteur afin de forcer celui-ci à demander la limi-
tation des effets des saisies-arrêts et partant à accor-
der privilege au saisissant. — Ainsi, le créancier peut

soudainement, et sans même que le saisi en ait connaissance de suite, lui supprimer toutes ses ressources, le priver de tous ses revenus. C'est ce que l'on pourrait appeler les abus de la saisie-arrêt au point de vue de *l'étendue de ses effets*.

Supposez un employé ou un ouvrier qui vit au jour le jour, et sans crédit, du seul produit de son travail et qui ne puisse rentrer dans la catégorie de ceux protégés par la loi du 12 janvier 1895 dont nous reparlerons dans un moment. Qu'un créancier mette opposition sur ses salaires ou appointements aux mains de son patron, et voilà un homme réduit à la famine, à la misère. — Un commerçant peut voir tous ses marchés manqués, ses échéances compromises, sa vie commerciale arrêtée subitement, son crédit gravement atteint, par des saisies-arrêts. — Ce ne sont pas là des hypothèses de pure fantaisie, et il nous suffira de citer deux exemples que nous avons eu l'occasion de voir personnellement pour se bien convaincre des effets désastreux et des abus que peut engendrer la saisie-arrêt :

Un contre-maître d'une grande imprimerie de Paris avait obtenu contre ses patrons par jugement du Tribunal de commerce une indemnité de 5.000 francs pour brusque renvoi. Ce contre-maître, comme tout bon employé congédié, ne cherchait qu'à se venger le mieux possible de ses patrons et il eût l'heureuse idée d'avoir recours à la saisie-arrêt, que ses anciennes fonctions le mettaient mieux à même que quiconque,

de manier à bon escient. Il choisit la veille de la paye des ouvriers, qui se trouvait être en même temps, ainsi qu'il le savait, la plus forte échéance de l'année, pour pratiquer, en vertu du jugement de commerce qu'il venait d'obtenir, et cela s'entend avant sa signification, des saisies-arrêts partout où il savait que la Société qui l'avait employé avait des fonds ou pouvait en toucher : Banque de France, Comptoir d'Escompte, Crédit Lyonnais, Société Générale, toutes les Grandes Compagnies de Chemins de fer, clientes de l'imprimerie en question, Ministère des Finances, Ville de Paris, etc... Il y avait exactement 17 tiers-saisis, et les sommes ou créances saisies-arrêtées, s'élevaient à près de 2 millions pour une créance de 5.000 francs sur une Société notoirement solvable. La Société saisie n'eût connaissance de ces saisies-arrêts que lorsqu'elle se présenta dans certains des établissements où les oppositions avaient été pratiquées, pour en retirer les fonds qui lui étaient nécessaires pour faire face à ses échéances. Ce fut alors une course épique dans tous les établissements où la Société avait un compte ouvert ou des créances à toucher, mais partout, même refus pour la même raison. Impossibilité de faire face à ses échéances, impossibilité de payer les ouvriers, obligation de refuser les traites, etc... en un mot, toute la vie commerciale arrêtée brusquement et de manière imprévue avec toutes ses conséquences désastreuses au point de vue du crédit,

L'autre exemple se présenta dans les conditions suivantes :

Deux industriels, à coup sûr les deux plus gros dans leur partie, avaient été amenés devant le Tribunal de Commerce au sujet de l'interprétation d'un marché passé entre eux. La contestation ne s'élevait que sur les époques de paiement.

Le gagnant, sitôt le jugement rendu, joua de la saisie-arrêt avec au moins autant d'habileté que l'ouvrier congédié dont nous avons parlé plus haut et immobilisa, cette fois, plus de trois millions entre les mains de pas moins de neuf tiers-saisis et ce pour une créance de 15.000 francs sur des débiteurs qu'il savait absolument solvables.

L'arrêt de la vie commerciale du saisi fut aussi grave que dans le cas précédemment cité.

Rappelons que dans ces deux espèces, les saisies-arrêts étaient faites en vertu de titres, et qu'il ne pouvait naturellement, ainsi que nous le verrons plus tard, être question de clause de référé.

Lorsqu'il s'agit de saisies-arrêts faites en vertu de titres, il est rare que le saisi ait à se plaindre d'un autre préjudice que de celui résultant de l'immobilisation exagérée et disproportionnée de sommes lui appartenant. Il sera rare en effet que la présomption de créance résultant du titre soit fausse ; en un mot le saisi sera bien débiteur, seules les sommes saisies-

arrêtées seront trop importantes étant donnée la créance, cause et objet de la saisie-arrêt.

Mais il peut se présenter des abus plus graves, abus qui ne consistent plus dans l'étendue exagérée des effets des saisies-arêts, mais bien *dans le fait même de la saisie-arrêt*. Il n'est plus question ici de sommes trop importantes saisies-arêtées, il n'aurait dû y en avoir aucune ; en un mot le saisissant n'a pas de créance contre le saisi, soit qu'elle n'existe nullement, soit qu'elle ne soit pas exigible ou pas certaine, ce qui revient au même, ces deux conditions étant indispensables pour pouvoir saisir-arrêter. Ces hypothèses qui sont des réalités de tous les jours, ne se présentent qu'en cas de saisies-arêts faites sans titre et avec autorisation du Président conformément à l'article 558 du Code de procédure civile. Il est certes très préjudiciable de voir immobilisés des centaines de mille francs ou même des millions pour une créance minime ; mais n'est-il pas encore plus préjudiciable et plus inadmissible de voir pareillement immobilisées des sommes de quelque importance qu'elles soient pour sûreté et paiement d'une créance... qui n'existe pas !

Et cependant le magistrat qui rend des ordonnances autorisant saisie-arrêt est journellement exposé malgré toute sa prudence, toute sa conscience et toute sa perspicacité à rendre de semblables ordonnances. Ce danger est inhérent à la procédure même des ordonnances sur requête, ainsi que nous le verrons, et

cependant la loi n'a donné aucune voie de recours contre de pareilles éventualités !

Quelles ressources le saisi a-t-il donc en présence de telles situations, quels moyens pratiques a-t-il de mettre fin au plus vite à ces abus provenant tant de l'étendue des effets des saisies-arrêts, que de leur autorisation surprise au Président ?

C'est ce que nous allons examiner rapidement pour retrouver longuement l'un de ces moyens, objet de notre ouvrage : la clause de référé.

La saisie-arrêt, ainsi qu'on vient de le voir, est dangereuse non seulement par l'étendue exagérée et la soudaineté de ses effets, mais encore, au cas de saisie-arrêt pratiquée en vertu d'ordonnance du juge, par l'impossibilité où celui-ci se trouve de rendre une ordonnance en connaissance de cause, faute de débat contradictoire.

Le vrai remède devra donc limiter ces effets, dans le premier cas, les supprimer totalement dans le second, et pouvoir dans l'un comme dans l'autre être appliqué avec la plus grande rapidité.

Aperçu des remèdes généraux non traités dans cet ouvrage

Nous passerons rapidement en revue les divers moyens qui sont à la disposition du saisi pour faire cesser les effets anormaux causés par des saisies-arrêts soit par suite de l'étendue exagérée de leurs effets, soit même par suite de leur autorisation injustement surprise au magistrat.

Plusieurs remèdes s'offrent au saisi tout au moins théoriquement.

1° Mainlevée de la saisie-arrêt

Théoriquement, le saisi, s'il estime que la saisie-arrêt est faite sans droit, soit qu'il ne soit pas débiteur, soit que la saisie soit nulle en la forme, a la ressource d'en demander la mainlevée pure et simple au Tribunal. Il peut demander cette mainlevée soit en défendant à la demande en validité de saisie-arrêt que le saisissant est forcé d'intenter dans la huitaine de l'op-

position, soit en prenant les devants et en en demandant par voie principale la mainlevée.

Moyen peu pratique, avec la lenteur des procès, surtout à Paris, où l'on doit compter parfois jusqu'à quatre et cinq années avant qu'une affaire puisse être jugée et cela sans incident. Il resterait, au saisi, la ressource de présenter requête au Président afin d'être autorisé à assigner à jour fixe vu l'urgence, ce qui généralement dispense de subir les lenteurs du rôle. Mais, outre que pareilles requêtes sont assez difficilement répondues, le saisi n'obtiendra jugement que dans un temps encore assez éloigné.

Et de toutes façons, il verra les effets désastreux des saisies-arrêts subsister pendant beaucoup trop longtemps. On ne voit pas bien des débiteurs saisis dans des situations telles que celles que nous avons relatées ci-dessus, attendre plusieurs années pour voir solutionner leur demande en mainlevée. De plus, ce moyen ne pourrait réussir qu'autant qu'ils ne seraient pas débiteurs, ou que la saisie-arrêt serait nulle en la forme, ce qui se présente assez rarement, nous pouvons conclure pour ces raisons, que la demande en mainlevée d'opposition, même faite par voie d'assignation à jour fixe, n'a aucune valeur pratique.

2^o Réduction des effets de la saisie-arrêt pour cause
alimentaire

Lorsque les saisies-arrêts sont pratiquées sur les salaires ou appointements du saisi, et que ce dernier n'a pas d'autre moyen d'existence, le juge des référés se reconnaît compétent pour réduire les effets des saisies-arrêts, alors même que le Tribunal se trouve saisi de la demande en validité de la saisie-arrêt. Si contraire que cela puisse paraître aux principes en matière de référé, cette solution est communément admise en pratique. Nous croyons qu'il faut en chercher la raison surtout dans l'urgence extrême dont peut se prévaloir le saisi (il n'a plus en effet aucun moyen de subsistance) ainsi que dans des considérations humanitaires ; peut-être aussi parce que l'ordonnance de référé n'a pour résultat que de diminuer momentanément les effets de la saisie-arrêt *en laissant toujours le Tribunal saisi de la demande en validité*, lequel en fait n'éprouve aucun préjudice. Le juge des référés s'appuie, pour ordonner pareille réduction, sur le caractère alimentaire que présente la portion des salaires ou des appointements qu'il soustrait aux effets de la saisie-arrêt, portion qui, partant, n'est pas saisissable. Cette solution a été consacrée en jurisprudence, notamment par un arrêt de cassation du 10 avril 1860, ainsi conçu :

« Attendu que s'il est vrai que les traitements des employés, des particuliers et les salaires des ouvriers ne sont pas déclarés insaisissables par la loi, il appartient néanmoins aux Juges, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, d'apprécier si ces traitements ou salaires, à raison de la position du débiteur, peuvent être considérés comme alimentaires et à ce titre, affranchis, soit pour partie, soit même pour le tout, suivant les circonstances, des effets de la saisie (1).

La Jurisprudence des Présidents de Référés de la Seine, est contante sur ce point et le taux de la réduction des effets des saisies-arêts est même établi de façon à peu près uniforme, proportionnellement au chiffre des appointements saisis-arêtés.

On ne saurait adresser à ce remède les mêmes critiques qu'au précédent.

La rapidité avec laquelle il peut être employé, le peu de frais qu'il nécessite et son issue certaine, sans pour cela nécessiter la consignation des causes de la saisie-arêt comme pour l'affectation spéciale, en font un recours vraiment pratique pour un saisi qui, bien que débiteur, peut n'en pas moins être un très honnête homme digne de la protection de la loi.

Ce moyen n'est bien entendu applicable qu'aux

1. Cass., 10 avril 1860. S. 1860. 1. 502. D. 1860. 1. 166. Paris, 7 juillet 1843. S. 1843. 2. 493. D. 1843. 2. 166. Bordeaux, 17 et 24 mars 1858. S. 1858. 2. 684.

débiteurs saisis ne pouvant rentrer dans ceux bénéficiant de la récente loi du 12 janvier 1895.

Cette loi qui a été votée dans un but humanitaire et pour réduire au minimum les frais de saisies-arrests et empêcher ceux-ci d'absorber la majeure partie des sommes saisies-arrestées n'est en effet applicable qu'aux ouvriers ou gens de service quels que soient leur salaire et aux employés, commis et fonctionnaires dont le salaire annuel ne dépasse pas 2.000 francs. Aux termes de l'article 1^{er} de cette loi les salaires de ceux qui y sont soumis ne sont saisissables que jusqu'à concurrence du dixième. Cette limitation se produit de plein droit par le seul fait de la loi sans qu'elle ait à être demandée en justice, et le tiers-saisi peut et doit même payer au saisi les 9/10 de son salaire (art. 7).

Une seule saisie doit être autorisée par le juge afin de ne pas multiplier les frais. Aussi afin de pouvoir savoir si le saisi a déjà fait l'objet de saisies-arrests tout créancier saisissant doit, au préalable, qu'il ait titre ou non, obtenir visa du greffier de la Justice de Paix du domicile du saisi, lequel tient un registre à cet effet. S'il survient d'autres créanciers, le greffier prend des renseignements sur la créance du saisissant, et avise le saisi et le tiers-saisi dans les 48 heures par simple lettre recommandée valant opposition. Toute la procédure réduite au strict nécessaire se suit devant le juge de paix et est exempte de tous droits de timbre et d'enregistrement.

Nous n'insisterons pas sur la grande amélioration et

sur les bons résultats pratiques que cette loi a amenés dans les effets des saisies-arrêts pratiquées à l'encontre de ceux qu'elle protège, de crainte de sortir de notre sujet.

3° Dommages-intérêts

Remède, dit-on, apporté aux abus de la saisie-arrêt (1). Remède si l'on veut, mais bien mauvais, il faut en convenir.

« Si l'exercice du droit de saisie-arrêt paraît d'après
« les circonstances de la cause présenter un caractère
« abusif, le Tribunal condamnera le saisissant à payer
« au débiteur-saisi, des dommages-intérêts (art. 1382
« C. civ.) et la Jurisprudence nous offre des exemples
« de cette pratique (2). »

En admettant que le saisi triomphe dans son action en dommages-intérêts, il n'en aura pas moins vu les saisies-arrêts produire leurs effets désastreux pendant les années qu'il aura mises à obtenir le jugement lui accordant des dommages-intérêts, et ces dommages-intérêts ne représenteront jamais l'équivalent du préjudice qu'il aura éprouvé et qui peut être irréparable. — Enfin, ces procès sont généralement des plus incer-

1. Belloin. *De l'affectation spéciale en matière de saisie-arrêt*, pages 10 et suivantes.

2. Belloin, *op. cit.*, page 10 et Jurisprudence citée en note.

tains, les Tribunaux hésitant à infliger des dommages-intérêts à quelqu'un qui n'a fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, la saisie-arrêt étant de ceux-ci.

Il nous semble que les Tribunaux devraient se montrer plus sévères pour les saisissants qui au lieu d'user de la saisie-arrêt en abusent.

Si la loi a donné le droit d'user d'actions, et si les actions sont faites pour être utilisées, elles ne sont pas créées pour en abuser. Il y a là une nuance facilement saisissable en fait et si les Tribunaux se montraient plus sévères pour la réparation du préjudice causé par des saisies-arrêts démontrées vexatoires et inutiles peut-être serait-ce le plus sûr moyen d'apporter un remède efficace et *préventif*, par la crainte qu'il inspirerait, aux abus que nous avons signalés.

4° Limitation des effets des saisies-arrêts et affectation spéciale. — Loi du 17 juillet 1907.

C'est assurément le remède le plus fréquemment employé et un des plus pratique. Il convient cependant de remarquer qu'il ne laisse pas de présenter un inconvénient qui est la *consignation immédiate* à certaines conditions *des causes des saisies-arrêts*. Il est surtout et à peu près uniquement utile, au cas où les sommes saisies-arrêtées sont de beaucoup supérieures à celles objets des saisies, comme dans les exemples

que nous avons rapportés plus haut. On a immobilisé des centaines de mille francs pour une créance de quelques cents francs, comment rendre libre la différence entre les sommes saisies-arrêtées et celles causes de ces saisies-arrêts. En l'absence de toute disposition légale à cet égard la Jurisprudence des Présidents de référé avait inventé un moyen ingénieux pour atteindre le but proposé. Le débiteur saisi assignait en référé le créancier saisissant et le tiers-saisi et sollicitait du Président l'autorisation de toucher les sommes saisies-arrêtées à l'exception d'une somme suffisante pour désintéresser le créancier saisissant en principal, intérêts et frais. Cette dernière somme était conservée par le tiers saisi, ou remise à un sequestre ou bien encore, et c'était le cas le plus fréquent, déposée à la Caisse des Dépôts et Consignations, mais elle était toujours en quelque lieu qu'elle se trouvait *affectée spécialement et par privilège* à la garantie et paiement de la créance du saisissant au cas où elle serait ultérieurement reconnue, le débiteur saisi en consentant expressément transport et saisine en vue de cette hypothèse.

On analysait diversement l'opération qui avait ainsi lieu, soit qu'on la considérât comme une cession de créance, une délégation, un nantissement, ou enfin comme un paiement conditionnel.

La Jurisprudence n'accordait cependant la limitation des effets des saisies-arrêts demandée par le saisi

qu'autant que le saisissant y consentait, ce qui était un grave inconvénient. Le créancier pouvant en effet opposer un refus dans le simple but de faire pression sur le saisi et de l'amener ainsi à payer sans réserve et de suite, pour éviter les inconvénients des saisies-arrêts, une dette qu'il aurait peut-être pu avantageusement contester par la suite.

Enfin la Jurisprudence n'admettait la demande de limitation avec affectation spéciale qu'autant que le Tribunal n'était pas saisi de la demande en validité, le Juge des référés se trouvant complètement incompétent à partir de ce moment.

Cette dernière exigence était d'autant plus grave qu'en matière de saisie-arrêt le Tribunal se trouve forcément saisi à très bref délai (huitaine indépendamment des délais de distance) de la demande en validité.

Tel que la Jurisprudence l'avait inventé, ce remède rendait de grands services, mais présentait certains inconvénients auxquels il ne lui était pas possible de remédier (1).

Le législateur sur la proposition de M. Raynaud qui joignait à ses fonctions politiques celle d'avoué, intervint, et consacra la Jurisprudence que nous venons de rappeler brièvement en en comblant les lacunes par la loi du 17 juillet 1907.

1. V. sur l'affectation spéciale avant la loi du 17 juillet 1907, l'opuscule cité de M. Belloin.

Désormais, et grâce à cette loi, le débiteur saisi peut s'adresser au Président des référés *en tout état de cause*, c'est-à-dire même le Tribunal saisi, pour faire prononcer la limitation des effets des saisies-arrêts avec affectation spéciale de la somme consignée au profit du saisissant au cas où sa créance serait ultérieurement reconnue, *et il n'a pas besoin pour cela d'obtenir le concours du saisissant*. Enfin cette loi crée expressément privilège sur la somme consignée au profit du saisissant tarissant ainsi les controverses qui s'étaient élevées sur le privilège indirect mais non moins réel que la Jurisprudence ci-dessus relatée créait en l'absence de tout texte.

Nous n'insisterons pas sur les autres dispositions de ce texte, d'ailleurs très court, qui ne sont que la reproduction des procédés antérieurs, mais nous verrons plutôt si les résultats pratiques de cette loi n'attirent aucune critique.

Et tout d'abord cette loi qui a eu pour but évident d'empêcher que les sommes saisies-arrêtées ne soient disproportionnées avec la créance pour laquelle les saisies-arrêts sont pratiquées a un résultat absolument inverse, tout au moins immédiatement.

En effet si le saisi demande la limitation et consigne, le saisissant se trouve avoir privilège sur la somme ainsi consignée. Il est donc certain d'être payé intégralement et de n'avoir à subir le concours d'aucun autre créancier. Si au contraire le saisi ne demande

pas la limitation avec sa conséquence inévitable de la consignation privilégiée le saisissant reste exposé à subir le concours de tous les autres créanciers opposants postérieurs et en définitive aux lenteurs et aux répartitions souvent insignifiantes d'une contribution ouverte sur les sommes saisies-arrêtées. Il y a donc un intérêt majeur pour le saisissant à forcer le saisi à demander la limitation et l'affectation. Le seul moyen efficace qu'il ait pour atteindre ce but est *d'immobiliser toutes les ressources du saisi*, ce qu'il ne manque pas de faire. En sorte que depuis la nouvelle loi les saisies-arêts pour une même créance entre les mêmes parties sont sans contredit beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus générales qu'autrefois. Danger qui trouve son contrepoids et son remède immédiat dans la loi même de 1907, dira-t-on. Ce n'est cependant pas absolument exact. Il est certain que la limitation demandée sera obtenue, rien n'y pourra faire échec ! Mais il convient de se rappeler que pour obtenir cette limitation il faut s'adresser au Président des référés et que pour rapide que soit cette juridiction elle demande encore un certain temps.

Enfin il faut se rappeler que les tiers-saisis même appelés à l'ordonnance de référé et qui en conséquence y sont parties, exigent en général pour l'exécuter que les délais d'appel soient expirés. Enfin il faut se rappeler que certains tiers-saisis ont encore d'autres prétentions qui pour être illégales n'en retardent pas

moins le versement entre les mains du saisi des fonds que l'ordonnance de référé a rendu libres. Qu'il nous soit permis, pour mieux faire comprendre ces inconvénients purement pratiques, de suivre pas à pas la procédure que le saisi aura à mettre en œuvre pour bénéficier de la loi du 17 juillet 1907. Pour bien prouver que nous ne mettons pas les choses au pis nous emploierons des procédures exceptionnelles, que seule « l'urgence extrême », « le péril en la demeure », ce sont les termes de la loi, autorisent à suivre.

Le 1^{er} novembre le saisi a connaissance, peu importe comment, des saisies-arrêts dont il est l'objet.

Il se précipite chez son avoué qui immédiatement présente une requête afin d'être autorisé à assigner *d'heure à heure* en référé. Cette requête répondue, il faut en donner copie ainsi que de l'ordonnance en tête des assignations à délivrer au saisissant et aux tiers-saisis — pour peu qu'ils soient huit ou dix, ainsi que cela se voit assez fréquemment, il y a un travail matériel qui exige forcément un certain temps. Nous supposons également que toutes les parties à assigner sont domiciliées à Paris. Admettons que le Président ait fixé son référé au 2 novembre à deux heures. Le saisi obtient son ordonnance — qu'il demande naturellement sur minute, exécutoire avant enregistrement. Il lui faut la faire copier en autant de copies qu'il y a de parties — nouveau travail matériel — pendant ce temps le saisi va à la Caisse des Dépôts et Con-

signations où généralement la consignation est ordonnée. Or celle-ci ferme à 3 heures. Vous êtes forcé de remettre la consignation au 3 novembre, soit.

A la première heure (10 heures, la Caisse n'ouvre qu'à cette heure) vous retournez à la Caisse, vous consignez en déposant une copie conforme de l'ordonnance de référé qui a ordonné la consignation, vous remplissez divers bordereaux, vous attendez patiemment de guichets en guichets que les deux signatures dont doit être revêtue la quittance soient données. Vous rentrez précipitamment après avoir cependant fait enregistrer le récépissé de la Caisse que le saisi sera forcé de signifier en suite de l'ordonnance de référé pour justifier de la consignation, faute de quoi les tiers-saisis ne pourront se dessaisir. Vous arrivez cependant à temps pour remettre vos significations en bonne et dûe forme à l'huissier chargé de les délivrer. Vous pourrez donc toucher le lendemain, soit le 4 novembre

En fait, les tiers-saisis, qui se désintéressent totalement de l'ordonnance de référé à laquelle on les a appelés font toujours, et à juste raison, défaut. Il faut donc que vous leur fassiez signifier l'ordonnance et le récépissé par *huissier commis*, ce qui fait perdre au moins un jour.

Mais passons, pour plus de facilités. Vous avez donc donné vos significations à l'huissier le 3 après-midi. Or si d'aventure, ce qui arrive fréquemment, vous

avez des établissements de crédit, des banques importantes, des administrations parmi vos tiers-saisis, ceux-ci rappelleront à votre huissier qu'ils ne reçoivent pas les oppositions passé 3 heures de l'après-midi ! Votre signification est donc remise au 4 novembre — elle est faite. Hélas non, votre huissier vous dira que certains de vos tiers-saisis, administrations etc..., que nous ne pouvons désigner plus clairement, ont refusé la signification parce qu'ils exigent non pas la signification avec copie certifiée de l'ordonnance de référé et du récépissé de la Caisse, mais bien une expédition, en bonne et dûe forme, délivrée par le Greffe, de l'ordonnance de référé et un duplicata sur timbre, certifié, du récépissé délivré par la Caisse — et que tant que ces tiers-saisis n'auront pas ces deux pièces ils ne pourront payer.

Vous vous rendez alors en personne auprès de ces administrations rebelles, croyant qu'il ne s'agit que d'un malentendu, mais là on vous confirme qu'il faut que le saisi remette : 1^o expédition de l'ordonnance délivrée par le Greffe ; 2^o duplicata sur timbre du récépissé de la Caisse ; 3^o que de toute façon on ne pourra vous payer qu'une fois les délais d'appel expirés et la remise d'un certificat de non appel.

Vous avez beau faire remarquer que ces prétentions et exigences sont mal fondées, qu'ayant été assignés et en conséquence *parties* à l'ordonnance de référé laquelle est exécutoire par provision nonobstant

appel, les tiers-saisis doivent l'exécuter sur sa simple signification et sans attendre les délais. Rien n'y fait. Le saisi se voit donc forcé de commander des expéditions de l'ordonnance de référé, ce qui demande au moins une quinzaine de jours et même plus ; il faut qu'il se fasse délivrer des duplicatas des reçus de la Caisse, qu'il lève des certificats de non appel, ce qui ne peut être fait que quinze jours après la signification de l'ordonnance et demande au moins deux jours pour être délivré. Soit encore dix-sept jours à attendre depuis la date de la signification, dans notre hypothèse le 4 novembre.

Le saisi n'aura donc les pièces exigées par les tiers-saisis que le 21 novembre au plus tôt. Ce n'est pas tout. Ces pièces une fois remises aux tiers-saisis, tout au moins à ceux dont nous venons de voir les exigences, ceux-ci vous préviennent qu'il faut qu'il constitue le dossier et qu'ils vous aviseront du jour où les fonds seront libres, ce qui demande encore au moins 48 heures, et nous remet au 23 novembre !

Ainsi donc, même grâce à la procédure la plus rapide, en laissant de côté les dimanches, jours fériés et toutes autres complications qui en fait ne manquent pas de se produire, il faut compter un minimum de 23 jours pour obtenir l'exécution d'une loi qui a eu pour but d'apporter un remède immédiat à une situation de faits parfois des plus critiques !

Il y a là, il faut l'avouer, une situation dangereuse

qui serait digne d'appeler à nouveau l'attention de législateur.

Nous savons bien que cette situation critique provient d'une résistance injustifiée, contraire à la loi même, de certains tiers-saisis. Mais qu'y faire, qu'opposer à une semblable force d'inertie. Entrer en lutte avec elle, faire proclamer judiciairement que c'est à tort que ces tiers-saisis ont eu pareilles exigences, c'est une solution peu pratique. Mieux vaut attendre trois semaines, un mois pour toucher des fonds qui ont été déclarés libres judiciairement et sans aucun délai, que d'entamer un procès long et coûteux ! D'autant que certaines de ces administrations, je prends le mot dans son sens étroit et juridique d'être administratif, se prévalent à l'appui de leurs exigences, de circulaires et d'ordonnances !

Nous avons cru devoir insister un peu longuement sur la mise en exécution pratique de la Loi du 17 juillet 1907 pour montrer qu'elle ne répondait peut-être pas encore tout à fait au but qu'elle s'était proposé ! Raisons de pur fait, dira-t-on, et qui ne se rencontrent pas dans tous les cas. Malheureusement ces cas se présentent plus fréquemment qu'on ne croit à cause justement de la multiplicité des saisies-arrêts qu'a causé la loi même, ainsi que nous l'expliquions.

Quoiqu'il en soit et malgré les inconvénients signalés la loi de 1907 a apporté au saisi un précieux remède contre l'étendue exagérée des effets des saisies-arrêts,

le seul vraiment pratique dans les cas qu'elle avait eûs en vue.

Terminons en faisant remarquer que tous les remèdes que nous venons d'examiner sont indistinctement applicables que la saisie soit faite en vertu d'un titre ou en vertu d'une ordonnance du juge.

CHAPITRE II

GÉNÉRALITÉS SUR LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ.

DIFFICULTÉS QU'ELLE A SOULEVÉES

Section I. — Inconvénients des ordonnances sur requête. But et formule de la clause de référé.

Section II. — Position du problème à résoudre.

1^{er} point. — La clause du référé est-elle valable ?

2^e » — Pendant quel délai peut-on en user ?

3^e » — Voies de recours contre la seconde ordonnance et son caractère.

CHAPITRE II

GÉNÉRALITÉS SUR LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ. DIFFICULTÉS QU'ELLE A SOULEVÉES

SECTION I

Inconvénients des ordonnances sur requêtes.

But et formule de la clause de référé.

Ainsi que nous l'avons vu, lorsque le saisissant n'a ni titre authentique, ni titre privé, il doit s'adresser au juge du domicile du saisi ou même du tiers-saisi pour lui demander la permission de former saisie-arrêt (art. 558 Code de pr. civ.) et c'est cette autorisation délivrée sous forme d'ordonnance qui suppléera au défaut de titre.

Théoriquement, le créancier, par l'intermédiaire d'un avoué présente à cet effet une requête au Président du Tribunal compétent en y joignant les pièces justifiant sa créance. Si les pièces paraissent suffisam-

ment probantes au magistrat, il répond la requête, c'est-à-dire que par une Ordonnance mise au pied même de la requête, il autorise la mesure sollicitée.

Il est indispensable, pour comprendre à quel besoin répond la clause de référé et pour quelles raisons pratiques elle a été inventée, d'examiner de près les conditions dans lesquelles est rendue l'ordonnance permettant la saisie-arrêt et les inconvénients inévitables des ordonnances rendues sur requête en général. Nous ne nous occuperons que des usages du Tribunal de la Seine, car c'est de lui seul qu'est venu cette pratique de la clause de référé.

Un créancier n'ayant aucun titre a donc besoin d'obtenir l'autorisation de saisir-arrêter. Il s'adresse, la plupart du temps, déjà par divers intermédiaires, à un avoué qui seul a qualité pour présenter pareille requête et lui adresse ou fait adresser les pièces de toutes sortes de nature à faire agréer sa demande. L'avoué, sans pouvoir souvent examiner par lui-même le bien fondé de la prétention du créancier, rédigera la requête et fera son possible pour obtenir ce que lui demande son client, c'est-à-dire que tout en observant le respect dû à la justice, et les obligations professionnelles inhérentes à sa fonction d'officier ministériel, il ne fournira que les pièces en sa faveur et écartera dans la mesure ci-dessus toutes celles qui pourraient compromettre le succès de sa demande, s'il en existe, épuration déjà faite par l'intéressé lui-

même qui, s'il est peu scrupuleux, peut fausser absolument la vérité et amener un magistrat aussi avisé soit-il, à rendre une ordonnance qu'il n'eût assurément pas rendue s'il avait eu en sa possession tous les éléments de nature à l'éclairer.

Cette requête et les pièces à l'appui sont mises dans un dossier et déposées au Palais de Justice à une personne spécialement chargée de faire passer les requêtes de toutes sortes au magistrat chargé de les répondre, et l'Ordonnance du Président est rédigée à l'avance par l'avoué au bas de la requête, de sorte que le magistrat n'a qu'à signer l'ordonnance. Si, au contraire, l'avoué estime sa requête délicate, il la présente lui-même au magistrat, ou la lui fait présenter par un de ses clerks afin de pouvoir fournir toutes explication complémentaires que pourrait désirer le juge. *Tout cela forcément et nécessairement à l'insu du futur saisi.*

Or, à Paris, on peut compter une moyenne de 100 à 150 requêtes présentées chaque jour à la signature du juge, lequel n'a que quelques heures à consacrer à cette besogne, que parfois même il est obligé de faire à l'audience. Il est donc matériellement impossible que le juge puisse examiner de près toutes les requêtes qui lui sont présentées et prendre connaissance à fond des pièces jointes à l'appui qui parfois sont volumineuses ou délicates à étudier; inconvénient qui pour n'être que le résultat d'une organisation défectueuse n'en est pas moins grave.

Et l'on arrive forcément à voir répondues des requêtes qui ne devraient pas l'être. — De plus, l'ordonnance ainsi rendue est un acte de juridiction gracieuse ainsi que nous le verrons plus tard, c'est-à-dire qu'elle est sollicitée par le demandeur seul en dehors de tout contradicteur et notamment de la partie au préjudice de laquelle elle est rendue. De sorte qu'alors même que les magistrats auraient tout le temps nécessaire pour examiner de près la requête, il y aurait forcément toute une série de moyens pour faire repousser la requête, que seul l'adversaire non présent pourrait opposer et que le magistrat ne pourrait trouver de lui-même, tels que prescription, confusion, compensation, libération, incertitude de la créance, etc. — On ne peut cependant pas songer à entendre l'adversaire du saisissant, c'est-à-dire le saisi, car alors ce serait le mettre au courant de la mesure qui va être prise contre lui et lui permettre de s'y soustraire. Cependant, la situation pour ce dernier est critique, car pareille ordonnance, par cela même qu'elle est de juridiction gracieuse n'est susceptible, ainsi que cela est généralement admis, au moins en jurisprudence, d'aucun recours.

Faut-il donc laisser un saisi sous le coup d'une saisie-arrêt autorisée à tort ou plus exactement dont l'autorisation a été surprise au Juge, jusqu'à ce qu'il ait pu en faire prononcer la nullité par le Tribunal, ce qui, ainsi que nous l'avons dit, demande à Paris

plusieurs mois et même généralement plusieurs années... C'est ce que n'a pas cru à juste raison M. de Belleyne, ancien Président du Tribunal civil de la Seine qui, mieux à même que quiconque d'apprécier d'une part l'impossibilité dans laquelle il était de rendre toujours et à coup sûr une ordonnance sur requête équitable, et d'autre part le préjudice considérable et parfois irréparable que peuvent causer des saisies-arrêts, a eu l'ingéniosité d'avoir recours à la clause de référé pour remédier à ces deux dangers que tout le monde est unanime à reconnaître.

En effet, cet inconvénient des ordonnances sur requête, *absence de débats contradictoires*, a toujours frappé les jurisconsultes. Dès l'origine de la mise en pratique du Code de procédure civile, l'opinion générale a été que si l'ordonnance sur requête était utile et même indispensable, l'exercice de ce pouvoir présentait des inconvénients considérables ; on trouvait à juste raison excessif ce pouvoir qui procédait secrètement en l'absence et à l'insu de tout contradicteur, et dont les actes ne pouvaient avoir d'utile contrepoids dans l'opposition ou l'appel. Et de tout temps, on trouve dans la jurisprudence de nombreuses traces des préoccupations que l'ordonnance sur requête a fait naître dans l'esprit des magistrats et de leurs désirs de découvrir des moyens pour venir en aide aux intérêts lésés par l'exercice du pouvoir discrétionnaire et en dernier ressort des Présidents.

C'est de ces désirs que procède la clause de référé, et voici en quoi elle consiste :

Le Président, lorsqu'il rend son ordonnance sur requête, ne la rend que provisoirement et sous la condition expressément insérée qu'il se réserve de statuer à nouveau après avoir entendu cette fois les explications de toutes les parties intéressées, et de retirer purement et simplement la permission primitivement donnée.

A l'origine, la clause de référé se bornait à l'adjonction de ces quelques mots dans l'Ordonnance sur requête : « Disons qu'il nous en sera référé en cas de « difficultés ». — De plus, les magistrats exigeaient des avoués qu'ils fissent offre au nom de leur client, et ce dans la requête, de lui en référer en cas de difficulté « offrant de vous en référer en cas de difficultés ».

Mais déjà depuis assez longtemps et par suite de nouvelles difficultés que nous verrons en leurs lieu et place, la formule actuelle de la clause de référé se trouve être la suivante :

« Disons que l'assignation en validité ne pourra
« être délivrée que cinq jours au moins après la signi-
« fication de notre ordonnance à la partie saisie, pen-
« dant lequel délai, nous nous réservons expressément
« de rapporter purement et simplement notre ordon-
« nance s'il y a lieu. »

Nous ne saurions mieux faire, pour démontrer l'uti-

lité de cette clause, que de laisser la parole à M. de Belleyrne lui-même, son père :

« Cette réserve est le remède nécessaire aux abus
« des oppositions afin de pouvoir vérifier par les
« explications contradictoires des parties si elle est
« fondée. Le Code de procédure qui a voulu prévenir
« les anciens abus n'a pu refuser tacitement le moyen
« le plus efficace de les supprimer, car la procédure
« actuelle expose encore à bien des délais pour obtenir en première instance et en appel une décision
« définitive. »

« Le Président est placé entre le créancier qui peut
« par un refus perdre son seul gage, et le débiteur
« qui peut être exposé par une opposition injuste à
« suspendre ses opérations et à un préjudice souvent
« irréparable.

« Un débat contradictoire est le principe d'une
« bonne justice, et puisqu'on ne peut appeler avant
« l'opposition, le débiteur qui pourrait détourner le
« gage, il ne reste pour établir ce débat que la réserve
« d'en référer.

« L'expérience prouve que le débiteur peut souvent
« contester avec avantage l'existence ou la quotité de
« la créance, présenter de justes obstacles au paiement sous la réserve de la mesure dite conservatoire,
« qui pourrait être une exécution vexatoire, même
« avant jugement (1). »

1. De Belleyrne, *Ordonnances*, tome I, p. 142.

Et en effet, seule, la clause de référé peut remédier aux inconvénients inévitables des ordonnances sur requête, inconvénients provenant, ainsi que le constate M. de Belleyme, et sur ce point tous sont d'accord, de l'absence d'un débat contradictoire, principe d'une bonne justice. — Ce n'est d'ailleurs pas seulement qu'en matière de saisie-arrêt que la clause de référé a été introduite pour pallier aux inconvénients des ordonnances sur requête. On la rencontre toutes les fois que celle-ci ne se borne pas à accorder une permission inoffensive telle que dispense du préliminaire de conciliation, etc... mais, dès qu'elle autorise une mesure susceptible de porter un préjudice grave à celui à l'encontre duquel elle est rendue, telle que ordonnance sur requête autorisant saisie-contrefaçon, saisie foraine, etc...

SECTION II

Position du problème à résoudre.

- 1^{er} Point. — La clause de référé est-elle valable ?*
2^e Point. — Pendant quel délai peut-on en user ?
3^e Point. — Voies de recours contre la seconde Ordonnance et son caractère.

A première vue, on ne s' imagine pas comment une pareille réserve qui répond à un but pratique indé-

niable et qui aide puissamment à l'administration d'une bonne justice puisqu'elle supplée un débat contradictoire à une autorisation donnée à l'insu de la partie intéressée, on ne s'imagine pas, disons-nous, comment une pareille réserve a pu voir sa validité contestée. Et, cependant, elle a donné naissance à toute une série de débats et de systèmes, tant en jurisprudence qu'en doctrine et que nous examinerons soigneusement. Les questions soulevées à son sujet se résument dans les trois points suivants :

1° La clause de référé est-elle valable en elle-même, c'est-à-dire le Président agissant en tant que magistrat répondant les requêtes, a-t-il pouvoir en l'absence d'un texte précis pour insérer semblable clause.

2° La validité de la clause de référé une fois admise, il reste à savoir pendant combien de temps le saisi pourra se prévaloir de cette clause.

3° Enfin, le résultat de l'usage de la clause de référé étant forcément d'aboutir à une seconde ordonnance confirmant ou infirmant la première, quel sera le caractère de cette seconde ordonnance et sera-t-elle susceptible de recours.

Pour plus de clarté dans nos explications, nous passerons en revue les divers systèmes que l'on rencontre dans la doctrine pour la solution des trois points posés plus haut, puis ceux adoptés par la jurisprudence dont nous montrerons le dernier état.

Mais au préalable, il faut brièvement nous expli-

quer sur la nature de l'ordonnance sur requête et les voies de recours dont elle est susceptible, car d'après le caractère qu'on lui reconnaît, dépend la solution à donner aux questions que nous aurons à résoudre.

De même, il nous faudra expliquer rapidement en quoi consiste l'institution des référés, sous peine de ne pas saisir les difficultés à trancher, notamment en ce qui concerne les deux derniers points à résoudre.

CHAPITRE III

ORDONNANCES SUR REQUÊTES ET ORDONNANCES DE RÉFÉRÉ

Section I. — Nature des ordonnances sur requête. Voies de recours dont elles sont susceptibles.

Section II. — Aperçu de la juridiction des référés.

CHAPITRE III

ORDONNANCES SUR REQUÊTES ET ORDONNANCES DE RÉFÉRÉ

SECTION I

Nature des ordonnances sur requête. Voies de recours dont elles sont susceptibles.

Quelle est la nature de la juridiction du Président du Tribunal en matière d'ordonnance sur requête, si toutefois c'est une véritable juridiction, et l'ordonnance ainsi rendue est-elle susceptible d'une voie de recours quelconque ?

Quoiqu'on ne puisse citer aucun texte actuellement en vigueur à l'appui de notre assertion, on doit reconnaître et tout le monde reconnaît une division ancienne et capitale des actes émanant de justice, *ils sont ou de la juridiction volontaire ou gracieuse, ou de la juridiction contentieuse.*

Cette division incontestée et incontestable (1) se

1. V. cep. Bonjean. *Ordonnance sur requête et sur référé.*

retrouve de tout temps et dans toutes les législations. Le Président Henrion de Pansey en donnait la définition suivante : « Le juge exerce la juridiction contentieuse toutes les fois qu'il prononce sur des intérêts opposés après les débats contradictoires entre deux parties dont l'une a cité l'autre à son Tribunal. Tout ce qu'il fait *sur la demande d'une seule personne* ou de plusieurs d'accord entre elles, et sans contradiction appartient à la juridiction volontaire ».

Il est évident que d'après cette définition suffisamment claire pour ne demander aucun commentaire, l'acte par lequel le Président répond à *la requête du créancier seul et hors la présence du saisi*, une ordonnance autorisant à saisir-arrêter, appartient à la juridiction gracieuse. Il nous paraît superflu de discuter pour savoir si pareil acte doit être appelé « juridiction gracieuse », ou bien « juridiction discrétionnaire » ainsi que l'enseigne l'honorable M. Bazot (1) ou bien plutôt acte d'« administration » pour M. Bertin (2) ou encore acte « de protection, d'administration et de police » pour M. de Peyramont.

Le propre de la juridiction gracieuse quelque nom qu'on lui donne, est de ne rien juger, puisqu'il n'y a pas débat, qu'il ne peut y en avoir, puisque l'on se

1. Bazot. *Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé* 1876, page 13.

2. Bertin. *Ordonnances sur requête* 1874, page 41.

trouve en présence d'une seule partie ou en présence de plusieurs mais d'accord (volentes) et qui ne peuvent avoir de contradicteur. Le magistrat qui, sur requête et en l'absence de toute contradiction possible autorise certains faits, ne juge pas et ne peut pas juger. Qu'il administre, fasse acte de juridiction discrétionnaire ou gracieuse, peu importe, une chose reste certaine, *c'est qu'il n'a rien jugé*, au sens strict et juridique du mot, et qu'il s'est borné à exercer certains pouvoirs spéciaux qu'il tient de la loi, et sur ce point, tous sont d'accord.

Ce prolégomène une fois posé et admis il semble que la question des voies de recours contre une ordonnance qui ne juge rien, contre un acte que le Président ne fait qu'en vertu de la mission bien délimitée et souveraine qui lui est confiée par la loi doive être solutionnée sans difficultés : Pas de chose jugée, acte souverain et discrétionnaire, dit-on, mais alors aucune voie de recours ne doit être admise contre semblable ordonnance.

Les voies de recours n'ont été créées par le législateur que pour attaquer la chose jugée, et en l'espèce, elle n'existe précisément pas.

La logique donne en effet la solution simple et exacte, à notre avis, à la question. Mais les inconvénients pratiques du résultat ainsi obtenu ont vite divisé la doctrine et la jurisprudence. Quoique pareille ordonnance n'ait rien jugé, elle n'en produit pas moins des effets parfois fort préjudiciables à celui con-

tre lequel et à l'insu duquel elle a été rendue, notamment en matière de saisie-arrêt.

Quoiqu'elle ne soit pas revêtue de la formule exécutoire, elle n'en est pas moins pleinement exécutée par le bénéficiaire, l'exécution ne dépendant pas la plupart du temps de celui contre lequel elle est rendue, notamment encore en ce qui concerne la saisie-arrêt, la dispense de préliminaire de conciliation, etc.

On se trouve donc en présence d'un acte de justice n'ayant rien jugé, et partant, non susceptible d'aucune voie de recours, auquel, cependant, la personne qui en a éprouvé préjudice ne peut rien, pas plus par une résistance matérielle, quoiqu'il ne soit pas revêtu de la formule exécutoire, que par une voie de recours légale. C'est cet inconvénient pratique qui à notre avis, a donné naissance aux nombreux systèmes dont nous nous bornerons à poser les principes (1) ; plusieurs d'entre eux ont été suivis par la jurisprudence ; et la Cour de cassation a même eu l'occasion de se prononcer récemment dans plusieurs espèces.

On a simultanément proposé les voies de recours suivantes :

1. Voir note de M. Cazalens dans le Dalloz P. 1875. 2. 73, 105 et 137. Son système se résume ainsi : « La nature des ordonnances sur requête doit se déterminer d'après celle de la demande : suivant que l'acte autorisé peut ou non porter préjudice aux tiers, il appartiendra à la juridiction contentieuse ou à la juridiction gracieuse ».

1° L'instance au principal introduite devant le Tribunal compétent qui, en statuant sur le fond fera nécessairement tomber par voie de conséquence ou consacrera les mesures ordonnées provisoirement par l'ordonnance sur requête.

2° La partie lésée par l'ordonnance présenterait une simple requête au magistrat ayant rendu l'ordonnance pour en obtenir la rétractation et ce, en l'absence du bénéficiaire de l'ordonnance ;

3° Une opposition devant le Président, l'autre partie appelée.

4° Une opposition devant le Président statuant en référé (Cassation, 16 mai 1860, S. 61. 1. 181).

5° Une opposition devant le Tribunal.

6° L'appel devant la Cour sans opposition préalable.

7° L'appel devant la Cour mais seulement après opposition, ou après que l'opposition n'est plus recevable.

8° Le pourvoi en cassation.

Enfin, la toute dernière jurisprudence de la Cour de cassation (1) a décidé que les ordonnances sur requête, tout au moins celles d'envoi en possession de legs universels, étaient susceptibles de recours, la loi ne l'ayant pas interdit expressément et que ce recours était celui de droit commun, c'est-à-dire ; 1° opposi-

1. Notamment Cassation 3 avril 1895. Dalloz, 1896. 1. 5 et note de M. Glasson.

tion devant le Président jugeant en référé ; 2^o appel de cette seconde ordonnance devant la Cour ; 3^o pourvoi en cassation. Cette théorie est longuement développée et adoptée par M. Bonjean dans son très remarquable ouvrage déjà cité.

Nous ne faisons qu'indiquer les différentes voies de recours proposées, sans nous arrêter aux sous-distinctions apportées par certains auteurs selon que l'ordonnance sur requête serait ou non entachée d'excès de pouvoir.

La multitude des solutions proposées, les dissensions qui existent lorsqu'il s'agit de savoir quels sont les délais applicables aux différentes voies de recours proposées, et la procédure à suivre pour leur mise en action, suffisent à montrer combien il est dangereux de vouloir s'écarter des vrais principes édictés par le Législateur et de s'ingénier à vouloir trouver dans la loi ce qui n'y a jamais été et ce qu'il n'a jamais été dans l'esprit du Législateur d'y mettre.

Nous concluerons donc avec d'ailleurs la majorité de la jurisprudence (tout au moins des Cours d'appel) et des auteurs (1) : 1^o Que les ordonnances sur requête sont de juridiction gracieuse et émanent du pouvoir

1. En notre sens : Glasson en note sous Cassation, 3 avril 1895. D. 96. 1. 5. Bertin, opuscule cité, p. 40. Bazot, opuscule cité, p. 37. De Belleyme, opuscule cité, tome I, p. 6 et 37. Chauveau sur Carré, tome I, n. 465. Bioche. *Dictionnaire de pro-*

discrétionnaire conféré au Président par la loi ; 2^o que l'ordonnance sur requête n'est en elle-même susceptible d'aucune voie de recours parce qu'elle n'a rien

cédure, v. saisie-arrêt, n. 212. Boulet et Dubouloz, tome 53. *Code de la saisie-arrêt*, page 87, n. 123. Garsonnet. *Traité théorique et pratique de procédure*.

Jurisprudence : *contre tout recours* : Montpellier, 7 avril 1854. *J. av.*, t. 80, p. 211. D. 55. 2. 293. — Cassation, 25 juillet 1854. S. 1854. 1. 545. D. 1855. 1. 178. — Paris, 16 août 1866. D. 67. 2. 65. S. 67. 2. 189. — Paris, 23 mars 1867. D. 67. 2. 66. S. 67. 2. 189. — Paris, 13 juillet 1871. D. 71. 2. 244. S. 72. 2. 24. — Paris, 27 juillet 1877 : *J. av.*, t. 102, p. 443. — Paris, 9 août 1889. *Gazette des Tribunaux* du 30 octobre 1889. — Paris, 14 et 15 décembre 1882. S. 1883. 2. 151. — Paris, 3 octobre 1891. S. 1892. 2. 209. — Paris, 4 août 1908. *Gazette des Tribunaux*, n. du 9 et 10 novembre 1908.

Admettent recours contre l'ordonnance sur requête :

Bordeaux, 16 août 1817. S. 1818. 2. 58. — Bordeaux, 24 août 1829. *Journal du Palais* à sa date. S. 1830. 2. 24. D. 1830. 2. 69. — Toulouse, 22 mai 1809. D. J. G. v. Jugement par défaut n. 186 et 462. — Metz, 24 novembre 1819. *Journal du Palais* à sa date. — Bruxelles, 23 octobre 1816. D. J. G. v. Jugement par défaut n. 185. — Bordeaux, 25 juin 1847. P. 1847. 2. 525. — Paris, 8 décembre 1852. S. 1853. 2. 177. — Besançon, 12 juillet 1853. D. 1854. 2. 90. — Nancy, 18 juin 1869 et 3 février 1870. *J. Pal.*, 1871, 1171. — Montpellier, 3 décembre 1870. *J. Pal.*, 1871, 1171. — Paris, 28 avril 1899. *Pand. franç. périod.*, 1900. 2. 320. — Dijon, 10 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 112. — Pont-Audemer, 13 mars 1901. D. P. 1901. 2. 255 et Cassation, 24 avril 1844. S. 1845. 1. 66 et 3 avril 1895. D. 1896. 1. 5. — Civ. 13 avril 1897. D. P. 97. 1. 357. et conclusions de M. l'Avocat Général Desjardins ; Req. 14 mai 1901. D. P. 1901. 1. 359.

jugé et n'est qu'un acte discrétionnaire et qu'au surplus la loi est absolument muette sur ce point.

SECTION II

Aperçu de la juridiction des référés.

Il est indispensable de tracer très rapidement une esquisse de la juridiction des référés et de ses règles principales pour pouvoir comprendre et tenter de solutionner les difficultés qui se sont élevées au sujet de la clause de référé et que nous rencontrerons et examinerons longuement lorsqu'il s'agira de résoudre les deux dernières questions de notre problème : délai pendant lequel le saisi peut user de la clause de référé, et voies de recours dont est susceptible l'ordonnance rendue par suite de cette clause.

Le Code de procédure civile est malheureusement très bref à cet égard et ne contient que six petits articles des plus succincts pour réglementer une institution juridique dont le rôle pratique est constant et indispensable.

L'article 806 du Code de procédure civile nous dit :
« Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de
« statuer provisoirement sur les difficultés relatives
« à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un juge-

« ment, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après. »

Et l'article 807 ajoute : « La demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le Président du Tribunal de première instance ou par le juge qui le remplacera, aux jour et heure indiqués par le Tribunal. »

Article 808. « Si néanmoins le cas requiert célérité, le Président ou celui qui le remplacera pourra permettre d'assigner soit à l'audience, soit à son hôtel, à heure indiquée, même les jours de fête, et dans ce cas l'assignation ne pourra être donnée qu'en vertu de l'ordonnance du juge qui commettra un huissier à cet effet. »

L'article 809 décide que : « Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal ; elles seront exécutoires par provision, sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une ; Elles ne seront pas susceptibles d'opposition, etc.

Enfin, l'article 811 édicte que : « Dans les cas d'absolue nécessité, le juge pourra ordonner l'exécution de l'ordonnance sur minute. »

La première des conditions pour que l'on puisse se pourvoir en référé lorsqu'il ne s'agit pas de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, ce qui n'est pas le cas de la saisie-arrêt faite en vertu d'une ordonnance, c'est qu'il y ait urgence, question de pur

fait laissé à la souveraine appréciation du Président, et sa décision sur ce point ne saurait être l'objet d'un pourvoi en cassation (1).

En deuxième lieu, l'article 809 décide que « les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal ». Article différemment commenté et sur la portée duquel on est loin de s'entendre.

Certains auteurs estiment que, faire préjudice au principal, c'est porter préjudice aux intérêts de l'une des parties qui se présente devant le juge des référés. Cette opinion, à notre avis, doit être repoussée, car elle revient à nier la compétence du juge des référés. Les parties qui se présentent en référé, ont forcément un intérêt opposé, et dans quelque sens qu'intervienne la décision du juge, la partie qui perdra, et il y en aura une forcément, se verra causer un préjudice.

La jurisprudence a cependant donné des exemples de décisions dans ce sens (2).

1. Cass., 29 juin 1859, *Journal du Palais*, 1860. 671 et S. 1860. 1. 158.

2. Paris, 12 septembre 1812 : *Journal du Palais* à sa date. 11 février 1847. S. 1868. 2. 650. Dalloz, 1847. 4. 413. *Contrà* Cass., 17 février 1874. S. 1874. 1. 245. D. 1874. 1. 445. Cass., 6 mars 1834. D. 1834. 1. 137 :

« Attendu que l'article 809 du Code de procédure civile porte que les ordonnances rendues par le président ne feront aucun préjudice au principal ; qu'il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le Tribunal pour l'appréciation du litige au fond, mais qu'on ne saurait en induire que le président n'a,

D'autres auteurs estiment que l'article 809 doit être compris en ce sens que l'ordonnance rendue par le juge des référés laisse absolument intact le litige qui n'est que provisoirement tranché par lui et que le Tribunal aura pleine liberté de trancher d'autre façon.

Ce sont les apparences du droit qui doivent terminer la solution provisoire du juge des référés; l'appréciation du principal, c'est-à-dire du fonds du droit, est placé par l'article 809 en dehors de ses pouvoirs et appartient exclusivement à la juridiction ordinaire (1).

Quoiqu'il en soit les Présidents de Référé se servent volontiers de l'article 809 pour se déclarer incompetents et renvoyer au principal, cela tient peut-être à ce que les audiences de référé sont surchargées (2) et que dès qu'un référé est un peu compliqué et demande des explications qui menacent de durer quelque temps, les Présidents ont tendance, ce dont l'adversaire profite, à renvoyer au principal afin de ne

dans aucun cas, qualité pour prescrire à titre provisoire une mesure de nature à causer à l'une des parties un dommage irréparable en fait ».

1. Bertin, *Ordonnances de référé*, tome 2, p. 97 et suiv. Chauveau, n. 2754 *ter*. De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 337. Bioche, *Dict.*, v. Référés, n. 82.

2. A Paris, il y a en moyenne à chaque audience de référés sur placets de 50 à 70 référés nouveaux et au moins une trentaine de remis ! et il y a trois audiences par semaine,

pas prolonger indéfiniment une audience déjà longue et peut-être aussi afin d'éviter une ordonnance délicate à rendre. Tel est, du moins, l'avis de M. Bertin qui s'exprimait ainsi à ce sujet : « Il serait temps que ces formules (préjudice au principal) dites de droit qui se transmettent et sont acceptées sans examen, soient appréciées à leur juste valeur et cessent d'être des moyens commodes pour résoudre les questions qui se produisent (1) ».

Enfin, la dernière condition pour que le juge des référés soit compétent, c'est que le Tribunal ne soit pas saisi, autrement, il y aurait litispendance.

Cette dernière disposition n'est pas écrite dans la loi, mais elle est unanimement reconnue en jurisprudence et par la grande majorité de la Doctrine.

Ceux qui l'admettent estiment que le juge des référés exerce des fonctions analogues à celles du Tribunal et partant si ce dernier est saisi le juge des référés doit se déclarer incompétent pour éviter un règlement de juges. Cette exigence est des plus néfastes en pratique, car, malgré l'urgence la plus absolue, un plaideur se verra refuser la seule voie qui puisse lui être utile, sous le prétexte que le Tribunal est dès à présent appelé à solutionner la question, exigence d'autant plus néfaste, que la jurisprudence estimant, ainsi que nous le verrons plus tard que le Tribunal est saisi

1. Bertin, Opusculé cité, tome 2, page 97, n. 168.

du jour même où l'assignation au principal a été délivrée, le Tribunal ne pourra donner la solution si pressante soit-elle au litige en question, qu'après toutes les lenteurs du rôle, souvent après des années. Enfin, il arrive que le demandeur ne lance justement son assignation au principal que dans le but d'empêcher son adversaire de se pourvoir en référé. Ici encore, on pourrait peut-être attribuer aux mêmes causes que celles données en ce qui concerne le « préjudice au principal », la tendance très marquée qu'ont les juges des référés pour se déclarer incompétents en arguant de ce que le principal est saisi.

Nous concluerons, sans discuter ce point qui n'est pas l'objet de notre ouvrage, en disant que la majorité des auteurs décide et que la jurisprudence est fixée dans ce sens que :

1^o Le juge des référés ne peut pas trancher par cela seul qu'il y a urgence, n'importe quels différends, même provisoirement, mais ceux seulement qui ne préjudicient pas au principal sans qu'on puisse donner une définition exacte des ordonnances qui préjudicieraient ou non au principal ; ainsi la jurisprudence refuse notamment au juge des référés de donner mainlevée d'une saisie-arrêt (1) ;

1. Paris, 25 mai 1833, *Journal du Palais* à sa date ; 28 juin 1833, *Journal du Palais* à sa date et D. 1837. 2. 237 ; 22 décembre 1837, *Journal du Palais* à sa date ; 8 avril 1853, *Journal du*

2° Dès que le Tribunal est saisi du principal, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour cause de litispendance ; et le Tribunal est réputé saisi d'après la jurisprudence absolument ferme de la Cour de cassation du jour même où l'assignation a été signifiée.

Il importe de ne pas perdre de vue ces deux points sur lesquels nous aurons à discuter ultérieurement. Il importe également de se rappeler que les ordonnances de référé ne sont pas susceptibles d'opposition, mais seulement d'appel et ce dans les quinze jours de leur signification.

Palais 1853. 1. 540 ; 1^{er} avril 1854. D. 1855. 5. 639 ; 11 juin 1861. D. 1861. 2. 169 ; 2 août 1873, *Journal du Palais* 1873. 1. 63. — Grenoble, 18 novembre 1856. D. 1857. 2. 142. — Orléans, 28 mars 1849, D. 1849. 2. 223. — Bordeaux, 30 avril 1852. *Journal du Palais*, 1853. 1. 540 et S. 1852. 2. 533.

Dans ce sens : Chauveau, n. 2757 *bis* ; Roger, *Saisie-arrêt*, n. 506 ; Billard, *Référés*, p. 29 ; Bioche, *Dictionnaire*, v^o Saisie-arrêt, n. 136.

CHAPITRE IV

EXAMEN DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE SUR LES TROIS DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ

Section I. — 1^{er} point : *validité de la clause de référé.*

§ A. — 1^{er} système : La clause de référé est illicite.

§ B. — 2^e système : La clause de référé est licite.

§ C. — 3^e système : La clause de référé est licite mais inutile.

Section II. — 2^e point : *pendant quel délai peut-on user de la clause de référé ?*

§ A. — 1^{er} système : Sitôt le principal saisi, la clause de référé cesse de pouvoir être mise en action. Qu'entend-on par principal saisi ? Différents systèmes.

Jurisprudence.

§ B. — 2^e système : En tout état de cause et jusqu'au jugement de validité le juge des référés reste compétent.

Jurisprudence.

C. — Système inventé pour contrebalancer les résultats de la Jurisprudence de la Cour de cassation. Validité de la clause dite « des 5 jours ».

Jurisprudence.

Section III. — 3^e point : *voies de recours contre la seconde ordonnance. — Son caractère.*

§ A. — Généralités.

§ B. — 1^{er} *système* : C'est une ordonnance de référé normale susceptible d'appel.

§ C. — 2^e *système* : Cette seconde ordonnance comme la première est de juridiction gracieuse et partant n'est pas susceptible d'appel.

CHAPITRE IV

EXAMEN DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE SUR LES TROIS DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA CLAUSE DE RÉFÉRÉ

SECTION I

1^{er} point : Validité de la clause de référé.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut à l'origine, la clause de référé, telle qu'elle avait été inventée et formulée par le Président de Belleyne, se résumait en l'adjonction dans l'ordonnance permettant la saisie-arrêt de ces simples mots : « Disons qu'il nous en sera référé en cas de difficultés ». Par la suite sa formule fut modifiée et allongée et les Présidents obligèrent, et c'est encore la pratique actuelle, les saisissants à signifier au saisi leur ordonnance permettant saisie-arrêt *séparément de l'assignation en validité et cinq jours au moins avant cette dernière*. Nous verrons plus

tard dans quel but a été insérée cette nouvelle formule et nous en discuterons alors la légalité.

Nous nous bornerons pour le moment et pour plus de clarté à examiner les différents systèmes proposés pour ou contre la légalité de la clause de référé telle qu'elle avait été formulée à l'origine par le Président de Belley.

§. A. — 1^{er} système.

La clause de référé est illicite.

Ce système a été plus particulièrement soutenu par MM. Bertin et Bazot et peut se résumer dans les propositions suivantes : a) Aux termes de l'article 558 du Code de procédure civile la loi a concédé aux Présidents des Tribunaux le pouvoir de permettre des saisies-arêts lorsque le créancier n'a pas de titre et ce par ordonnance rendue sur requête. — C'est sur requête que le Président doit statuer car c'est seulement lorsqu'il se trouve en présence d'une seule des deux parties intéressées qu'il peut faire acte de juridiction gracieuse et exercer son pouvoir discrétionnaire. — Or l'application du système de M. de Belley a pour résultat deux ordonnances : la première intervenant sur requête, la seconde rendue après citation donnée et explications contradictoires.

ment fournies devant le Président par l'une et par l'autre des parties intéressées. — Cette seconde ordonnance, pour MM. Bazot et Bertin, est forcément d'après ses caractères contentieuse et par cela même excède les pouvoirs du Président auquel la loi a imposé l'obligation de ne statuer que sur requête. De là une confusion grave dans l'ordre immuable des juridictions « gracieuse et contentieuse », lesquelles doivent soigneusement rester chacune dans leur sphère d'application. — Le résultat de ce système pour M. Bazot est « contraire aux principes généraux, aux règles qui gouvernent l'ordre des juridictions et finalement, en mêlant des attributions essentiellement distinctes, elle produit dans le cours régulier de la justice une véritable perturbation » (1).

b) En second lieu ces deux auteurs, pour qui les ordonnances sur requête ne sont susceptibles d'aucune voie de recours, reprochent au système de M. de Belleyme de créer contre la première ordonnance un droit de recours qui n'est et ne peut être que le droit d'opposition incompatible avec la nature de l'ordonnance sur requête. Droit de recours d'autant plus grave qu'il est arbitraire, le Président pouvant l'accorder à l'un et le refuser à l'autre.

Ces griefs paraissent fondés et je ne sais trop com-

1. Bazot, *ibp. cit.*, p. 152 à 158. — Bertin, *Ord. sur req.*, p. 36. et 37.

ment on pourrait les réfuter si l'on admet avec la majorité des auteurs et de la jurisprudence que la seconde ordonnance rendue par suite de la réserve de référé est une ordonnance ordinaire de référé conforme aux articles 806 et suivants du Code de procédure civile. — Mais si l'on admet au contraire, ainsi que nous essayerons de le démontrer ultérieurement, que lorsque le Président statue par suite de la réserve de référé il ne statue pas en qualité de Juge des référés mais en qualité de Juge des requêtes, et dans les limites qui lui sont concédées par l'article 558 du Code de procédure civile, que deviennent alors les arguments des partisans du système de l'illégalité de la clause de référé, où est la confusion des juridictions gracieuse et contentieuse, l'incompétence du Président ?

Le deuxième reproche, introduction détournée d'une voie de recours, opposition, contre l'ordonnance sur requête, qui doit être intangible et en dernier ressort, nous paraît moins sérieusement fondée. — D'abord n'est-ce pas aller un peu loin que d'assimiler le prétendu recours créé par la clause de référé à l'opposition. — Il nous semble, si nous comprenons bien les dispositions du titre 3, livre 2 du Code de procédure civile qu'il ne peut y avoir d'opposition qu'autant qu'il y a eu un défendeur appelé, lequel a fait défaut. Or il est incontestable que le créancier n'a pu appeler son débiteur à l'ordonnance sur requête, qui

ne suppose nécessairement qu'une seule partie, et que partant le débiteur n'a pu faire défaut. — Je ne pense pas qu'on puisse d'avantage, ce qui cependant serait plus conforme aux principes, assimiler le résultat de la clause de référé à la tierce opposition. Il ne faut voir et on ne doit voir dans la clause de référé qu'un moyen pour le Président de s'éclairer pour rendre son ordonnance en connaissance de cause, sans pour cela porter préjudice au créancier. — Or la nature même de la mesure sollicitée l'empêche de pouvoir rendre son ordonnance à coup sûr et en connaissance de cause la première fois qu'il en est sollicité. — Ne peut-il pas alors, pour remédier à cet inconvénient, dire au créancier : « Je vous autorise provisoirement et conditionnellement à former saisie-arrest mais je me réserve expressément, lorsque je serai mieux éclairé par les explications de votre adversaire, de vous retirer cette autorisation que je serai censé ne vous avoir jamais accordé ».

Et en ce faisant outre-passe-t-il le pouvoir discrétionnaire que lui a donné la loi, crée-t-il réellement une voie de recours que la loi n'a pas voulu créer ? Nous ne le croyons pas et sans tirer parti quant à présent, pour éviter des répétitions, du caractère conditionnel de la première ordonnance sur lequel nous reviendrons, pas plus que de la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui admet les voies de recours contre les ordonnances sur requête ainsi que

nous l'avons vu, il nous suffira de faire remarquer que la loi qu'on reproche au système de M. de Belleyne d'avoir violée, a déclaré elle-même expressément dans l'article 242 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886, que le Président pouvait par ordonnance sur requête *donnée à la charge d'en référer* permettre à l'un des époux en instance de divorce de prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires. — Or il nous semble que la saisie-arrêt est de celles-ci, et nous ne voyons pas comment ni pourquoi la loi admettrait expressément la validité de la clause de référé lorsqu'elle est insérée dans une ordonnance permettant saisie-arrêt à la requête d'un époux en instance de divorce à l'encontre de son conjoint, pour le dénier lorsque le créancier saisissant et le saisi n'auraient pas cette qualité passagère, et heureusement exceptionnelle.

Il nous semble donc qu'il n'est pas très sérieux de vouloir reconnaître dans ce moyen de s'éclairer choisi par le Président dans la plénitude de son pouvoir discrétionnaire, une véritable opposition rendant illégal le système de M. de Belleyne, sous prétexte qu'il créerait une voie de recours contre les ordonnances sur requête qui n'en sont susceptibles d'aucune. — Ne peut-on s'étonner de trouver cette théorie soutenue justement par MM. Bazot et Bertin, qui tout en proclamant l'intangibilité absolue des ordonnances sur requête, admettent en tout état de cause le recours en

référé contre la mesure ordonnée par l'ordonnance sur requête, et ne peut-on déclarer un peu trop subtil le raisonnement qu'ils tiennent : le juge des référés peut donner main-levée de la saisie-arrêt mais il ne peut toucher à l'ordonnance l'ayant autorisée, laquelle doit rester et restera intacte, sans cependant pouvoir produire aucun effet !

Nous estimons que la théorie enseignée par ces éminents auteurs doit être absolument abandonnée aujourd'hui, ne serait-ce que par ce seul fait, à notre avis décisif, qu'un texte de loi aussi explicite que le nouvel article 242 du Code civil et qui par sa date même (18 avril 1886) montre que le législateur frappé des bons résultats pratiques donnés par l'ingénieux système de M. de Belleyme, a tenu à en consacrer expressément la validité en lui donnant la sanction légale.

La jurisprudence n'a pas admis de suite la légalité du système du Président de Belleyme et on ne peut la considérer comme fixée dans le sens de la légalité que depuis 1833, tout au moins par la Cour de Paris, les cours de province ayant été plus longues à en admettre la légalité. Les arguments principaux que l'on retrouve dans toutes les décisions déclarant illégale cette clause, sont à peu de chose près ceux mis en valeur par ces deux éminents auteurs, et que nous venons d'examiner : excès de pouvoir, la faculté donnée par l'article 558 du Code de procédure civile

au Président d'accorder ou de refuser le permis de saisir n'impliquant pas celle de ne le délivrer qu'conditionnellement et provisoirement, confusion des juridictions gracieuse et contentieuse, voie de recours détournée contre une décision que la loi a voulu en dernier ressort, et, enfin, argument que nous ne rencontrons pas, et pour cause, chez MM. Bazot et Bertin, anéantissement de toute la procédure de validité engagée devant le Tribunal, en un mot, dessaisissement du Tribunal par le Juge des référés, préjudice au principal. Nous ne saurions faire mieux pour montrer avec quelle ardeur et quels soins la jurisprudence a développé ces arguments que de rapporter l'arrêt de la Cour de Lyon du 25 avril 1856 (Siréy, 1856. 2. 466. D. 1857. 2. 5 et *Journal du Palais* 1857. 175) qui est le monument principal de la jurisprudence sur cette question :

« Considérant que l'attribution conférée par l'article
« 558 du Code de procédure civile au Président du
« Tribunal de première instance, consiste unique-
« ment dans le droit de refuser ou d'accorder la per-
« mission de saisie-arrêt ; — considérant que vaine-
« ment on objecte que le Président pouvant ne pas
« autoriser la saisie, peut à plus forte raison ne
« l'autoriser que d'une manière conditionnelle ; —
« considérant que l'argument des inclusions ne trouve
« pas ici son application logique, en ce qu'il ne s'agit
« pas du moins qui serait renfermé dans le plus ; —

« que la permission de saisir-arrêter qui ne serait
« que conditionnelle que le Président se réserverait
« de pouvoir modifier ou anéantir, altérerait complè-
« tement le caractère de l'acte que la loi a placé dans
« les attributions de ce magistrat ; — considérant
« qu'on ne saurait admettre en effet quand la saisie-
« arrêt a été autorisée, quand la procédure a suivi
« son cours, quand le Tribunal a été investi de la
« mission de statuer, qu'il puisse dépendre de la
« volonté du Président de ruiner toute une procédure
« faite sur son autorisation et d'opérer le dessaisisse-
« ment forcé du Tribunal, en retirant la permission
« qui a servi de base à la saisie ; — que des effets si
« exorbitants dénatureraient complètement la per-
« mission de saisir telle que par l'article 558 la loi a
« entendu la décréter ; — que la permission du magis-
« trat, dans le cas de l'article 558 équivaut au titre
« dans le cas de l'article 557 ; — que, dans ces deux
« cas, la procédure de saisie est également régulière
« et valable et que, pas plus dans l'une que dans l'au-
« tre, le Président du Tribunal n'a le pouvoir d'inter-
« venir pour restreindre la portée de la saisie ou en
« supprimer le point de départ ; — considérant, en
« démonstration des mêmes principes, que la per-
« mission de saisie est un acte de juridiction gra-
« cieuse ou volontaire ; que tous les actes de juridi-
« cion doivent s'accomplir de la manière dont ils ont
« été institués par le législateur, en sorte que le

« pouvoir conféré par l'article 558 de refuser la per-
« mission de saisie, n'entraîne pas celui de donner
« une permission conditionnelle ; qu'il est dans la
« nature des actes de juridiction, à moins que le
« législateur n'en ait décidé autrement, de ne pouvoir
« être changés, modifiés ou révoqués par leurs auteurs ;
« que la juridiction se consomme par l'acte dans
« lequel le magistrat en a fait l'exercice ; — considé-
« rant que le Président du Tribunal peut d'autant
« moins se réserver de modifier ou détruire en référé
« ce qu'il a fait hors jugement, que les ordres de juri-
« diction sont distincts et qu'il ne lui appartient pas
« de confondre dans leur exercice, la juridiction gra-
« cieuse ou volontaire et la juridiction contentieuse ;
« — considérant que s'il pouvait donner une permis-
« sion de saisir purement conditionnelle, provisoire
« sous la réserve du droit de la révoquer par une déci-
« sion de référé, il pourrait même se retenir le droit de
« la rétracter et de la détruire, sans statuer en référé,
« sans prononcer par forme de jugement ; — qu'alors
« son acte, non susceptible d'appel, échapperait à
« toute censure, quoiqu'ayant eu pour effet de faire
« tomber une procédure de saisie donnant lieu à une
« instance engagée devant le Tribunal ; — que de
« pareilles conséquences, absolument inadmissibles
« et qui feraient injure à la sagesse de la loi, révèlent
« surabondamment l'erreur de la doctrine d'où elles
« découlent... »

La Cour de Lyon est d'ailleurs revenue sur sa jurisprudence pour adopter la légalité de la clause de référé, et la défendre de façon tout à fait remarquable. Lyon, 29 juin 1857. Sirey, 1858. 2. 209 et 6 mai 1861. Sirey, 1861. 2. 487.

Nous nous permettrons de citer à titre documentaire et pour montrer combien vive a été la discussion dans la jurisprudence sur la légalité de la clause de référé, les décisions suivantes qui, pour les mêmes motifs que ceux rapportés dans l'arrêt doctrinal de la Cour de Lyon que nous venons de reproduire, déclarent la clause de référé illégale :

Paris, 25 mai 1833. S. 1833. 2. 407. D. 1833. 2. 187; 28 juin 1833. S. 1833. 2. 407. D. 1833, 2, 187; 28 janvier 1870. D. 1871. 2. 164. — Rouen, 28 février 1846. D. 1847. 4. 413. S. 1847. 2. 349; — Montpellier, 7 avril 1854. S. 1855. 2. 294. D. 1855. 2. 293.

Pour la critique de cette jurisprudence, nous ne pouvons que renvoyer aux arguments que nous avons donnés en combattant la théorie de MM. Bazot et Bertin, puisque les motifs invoqués sont les mêmes.

Reste le grief reproché par l'arrêt de Lyon du 25 avril 1856, à savoir : que la clause de référé peut avoir pour résultat de « ruiner toute une procédure et d'opérer le dessaisissement forcé du Tribunal » grief que nous n'avons pas vu formuler par MM. Bazot et Bertin pour cette raison que ces auteurs donnent au Juge des référés les pouvoirs les plus vastes et

estiment que le Juge des référés ne jugeant jamais que le provisoire, et le Tribunal le principal, il ne peut pas y avoir conflit entre deux juridictions aussi différentes, lesquelles peuvent se mouvoir en même temps dans la sphère de leurs attributions bien distinctes, sans pour cela se porter préjudice l'une à l'autre ; le Juge des référés donnera mainlevée de la saisie, soit, mais ce n'est que provisoirement et sans, rappelons-le nous bien, toucher à l'ordonnance qui l'a autorisée, laquelle de par sa nature doit rester et reste intangible. Eh bien, mais le Tribunal ne sera pas pour cela dessaisi, le saisissant poursuivra sa demande en validité et le Tribunal jugera cette demande au principal, puisque le juge des référés ne pouvant juger qu'au provisoire, a laissé la question intacte au principal !

Nous craignons que la pratique des affaires ne nous ait rendu inapte à saisir pareille subtilité juridique, et nous ne voyons pas nettement l'avantage pratique qu'aurait le saisissant à obtenir un jugement de validité d'une saisie-arrêt dont mainlevée aurait été donnée en référé et qui n'arrêterait plus rien ! Aussi, ne pouvons-nous nous associer à ces raisons pour repousser l'objection de la Jurisprudence en ce qui concerne ce point.

Nous préférons répondre à cette objection, avec M. le Premier Président Périvier, sous certaines réserves cependant, que la clause de référé a imprimé à l'autorisation donnée par le Président un caractère

essentiellement provisoire et conditionnel et que, si par suite la demande en validité a été intentée avant que le Juge du référé ait pu exercer son droit de révocation, le Tribunal n'aura été saisi de cette demande que sous les mêmes conditions, c'est-à-dire conditionnellement et provisoirement et qu'en conséquence, si l'ordonnance d'autorisation est rapportée, la condition résolutoire sous laquelle avait été saisi le Tribunal étant réalisée, le dessaisissement de ce Tribunal *s'opère de plein droit et rétroactivement, non par l'effet de la décision du Juge, mais par l'effet même de la loi* (1).

Nous ferons encore remarquer que ce reproche n'a plus aucune valeur aujourd'hui, où la Jurisprudence est unanime ainsi que nous le verrons, pour décider que le Juge des référés ne peut plus rapporter son ordonnance dès que l'assignation en validité est lancée, c'est-à-dire dès que le Tribunal est saisi; si donc, il la rapporte auparavant ce qu'il peut seulement faire, le Tribunal n'étant forcément pas saisi, il n'y a pas à redouter cette « ruine de toute une procédure engagée et ce dessaisissement forcé du Tribunal par la seule volonté du Président ».

Enfin, il est bon de constater que la loi ne recule pas devant cet anéantissement d'une procédure et ce dessaisissement du Tribunal; la loi du 17 juillet 1907

1. Paris, 1^{re} Ch. 18 juillet 1889. D. P. 1891. 2. 49 et 50.

nous en donne un exemple en permettant au saisi de se pourvoir en tout état de cause en référé pour faire limiter les effets de la saisie-arrêt; or, le résultat indirect, nous en convenons, mais néanmoins le plus fréquent de cette ordonnance de référé, est de rendre inutile la procédure de demande en validité et toujours celle de déclaration affirmative.

Ainsi que nous l'avons dit, la validité de la cause de référé n'est plus sérieusement contestée aujourd'hui en Jurisprudence.

§ B. — 2^e système

La clause de référé est licite

C'est le système qui rallie la grande majorité des auteurs et de la jurisprudence, il est généralement assez brièvement développé tant il paraît s'imposer.

Sont notamment partisans de la clause de référé et en admettant la légalité : M. Garsonnet (Traité théorique et pratique de procédure, édition 1898, tome 3, pages 697 et suiv. et note 48); M. Glasson (Précis théorique et pratique de Procédure civile, tome 2, pages 197 et suiv. et sa note sous arrêt de Paris du 6 mars 1896. D. P. 1896. 2. 241) se contente de décider que « la « validité de réserve de référé est aujourd'hui définitivement admise par la doctrine et par la Jurispru-

« dence, et elle est en effet conforme aux principes du droit et aux nécessités de la pratique ;

Lacan et Paulmier. *Législation des Théâtres*, n. 220 ; Boulet et Dubouloz, *Code de la saisie-arrêt*, n. 127 ; Bouchon, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, n. 155 ; Bioche, *Dictionnaire*, v^o *Saisie-arrêt*, n. 39 ; Rodière, t. 2, p. 198, 2^e édition ; Delahaye, *De la Juridiction du Président du Tribunal en matière de saisie-arrêt* (*Journal de procédure civile et commerciale*, 1860, t. 26, p. 98 et suiv., art. 7145).

Enfin, tous les grands ouvrages de jurisprudence admettent la légalité de la clause de référé : Fuzier-Hermann, *Pandectes Françaises*, *Code de procédure civile annotée* de Tissier, Darras et Louiche Desfontaine, etc... V^o *Saisie-arrêt*.

Le principal argument mis en avant par tous ces auteurs est le suivant : Aux termes de l'article 558 du Code de procédure civile le Président a un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le permis de saisir, à plus forte raison peut-il ne l'accorder que provisoirement, conditionnellement, « Qui peut le plus, peut le moins », ayant le droit de refuser le permis de saisir si la demande ne lui paraissait pas fondée, il ne méconnaît pas les dispositions de l'art. 558 et n'excède pas ses pouvoirs en subordonnant son autorisation aux justifications qui pourront lui être fournies ultérieurement. Enfin, il est juste de remarquer que les grands avantages pratiques et indéniables de

ce système n'ont pas été sans influence sur son succès, ainsi que l'apparition de l'article 242 nouveau du Code civil que nous avons déjà cité.

Nous nous rallions très volontiers à toutes ces excellentes raisons mais sous la réserve expresse cependant, que, pour nous lorsque le Président rend sa seconde ordonnance il ne la rend pas en qualité de juge des référés, mais bien en la même qualité que celle qu'il avait lors de la première ordonnance, c'est-à-dire en tant que juge des requêtes, se confinant dans les attributions très larges d'ailleurs à lui conférées par l'art. 558 du Code de procédure civile ; autrement, il excéderait ses pouvoirs et amènerait la confusion du gracieux et du contentieux que reprochent MM. Bertin et Bazot à la clause de référé.

Les profondes dissensions que nous rencontrerons en étudiant les deux derniers points de notre problème, ne proviennent à notre sens que de cette confusion très regrettable et qui n'avait certainement jamais existé dans la pensée de M. de Belleyne.

Jurisprudence

La validité de la clause de référé est aujourd'hui unanimement admise en jurisprudence (1), et nous nous

1. Voy. cependant Paris, 26 mars 1902. D. 1903. 2. 464 et note,

permettrons de reproduire ici les arrêts de la Cour de Bordeaux du 19 mars 1855 (Sirey, 1855. 2, 405) et de la Cour de Lyon du 6 mai 1861 qui sont les documents les plus importants de la matière et dont toutes les autres décisions postérieures ont adopté les attendus ; ils se trouvent être la contre-partie de l'arrêt si soigneusement rédigé par la Cour de Lyon que nous avons cité à l'appui de la thèse inverse.

« Attendu que le Président qui peut ne pas accor-
« der l'autorisation, peut aussi ne l'accorder que con-
« ditionnellement et sous la réserve de s'éclairer par
« un débat contradictoire sur le mérite d'une créance
« dont il n'a fait qu'une évaluation provisoire sur les
« allégations intéressées d'une seule partie ; — que
« cette réserve qui se trouve en effet formulée dans
« l'ordonnance, présente dans l'intérêt d'une bonne
« justice des avantages qui ne sauraient être contestés ;
« qu'elle n'a rien de contraire aux dispositions
« expresses de la loi ; qu'elle a été d'ailleurs acceptée
« par le créancier qui n'a pu faire sa saisie-arrest que
« dans les termes et les conditions de l'ordonnance
« qui l'autorisait et en vertu de laquelle il a procédé ;
« — attendu que l'assignation en validité ne porte
« devant le Tribunal qui en est nanti autre chose que
« l'appréciation d'une saisie faite dans les termes et
« les conditions de l'ordonnance qui l'autorisait avec
« la réserve qui y a été insérée ; — que cette réserve

« a été légitime et que si avant que le Tribunal ait été
« appelé à statuer, etc.... » (1).

La Cour de Lyon, ainsi que nous l'avons dit, est revenue sur sa jurisprudence première et après avoir défendu longuement le système considérant la clause de référé comme illégale a soutenu avec un soin minutieux la thèse contraire. Il est indispensable, pour bien comprendre la très intéressante évolution qui s'est produite dans l'esprit des magistrats de cette Cour, de citer l'arrêt du 6 mai 1861 (Sirey, 1861. 2. 487. D. 1861. 2. 113), qui démolit avec un soin au moins aussi grand ce qu'elle avait établi en 1856.

« Sur l'illégalité prétendue des ordonnances des 5
« et 18 janvier dernier ; — considérant qu'en l'ab-
« sence de titre l'article 558 du Code de procédure
« civile confère au Président du Tribunal le droit
« absolu d'accorder ou de refuser la permission de sai-
« sir arrêter ; — considérant que ce droit renferme
« virtuellement celui de n'accorder la permission que
« restrictivement ou conditionnellement ; — qu'il
« appartient au Président de régler l'usage du pou-
« voir qui lui est confiée ; — qu'on ne saurait d'ail-
« leurs comprendre que le moins ne fut pas contenu
« dans le plus, et que le Président qui peut refuser
« la permission d'une manière absolue, ne put pas
« l'accorder que sous les conditions qu'il détermine ;

1. Bordeaux, 19 mars 1855. S. 1855. 2. 403.

« — considérant que la condition de lui en référer
« n'est contraire ni à l'ordre public ni à aucune dis-
« position de la loi, qu'elle est souvent commandée par
« les plus impérieuses nécessités de l'administration
« de la justice ; — qu'en effet, forcé de prononcer seul,
« sans délai et sans débats entre un refus, qui, en
« laissant échapper le gage du créancier, peut avoir
« pour conséquence la perte de la créance même et
« une permission qui, en paralysant même momentanément les ressources du débiteur peut le conduire
« à la faillite et à la ruine, le Président n'a souvent
« d'autre moyen pour rassurer sa conscience et éclairer sa justice que la réserve du référé ; — que la
« faculté d'user de cette réserve importe au créancier
« lui-même, que dans le doute en effet, le juge souvent refuserait la permission s'il ne pouvait l'accorder révocable ; — considérant que ce mode de procéder admis dans la pratique de la plupart des
« Tribunaux de France ne rencontre dans la théorie
« que des objections impuissantes ; — qu'en effet ces
« objections peuvent se résumer ainsi : En premier
« lieu le Président n'a pas reçu de la loi un pouvoir
« de réformation sur ses propres ordonnances ; — en
« second lieu quand il y a demande en validité il ne
« peut appartenir au Président d'en dessaisir le Tribunal et d'y statuer lui-même ; — en troisième lieu la
« permission du Président remplace le titre et doit
« valoir comme le titre ; — en quatrième lieu la pre-

« mière ordonnance appartenant à la juridiction volon-
« taire et la deuxième à la juridiction contentieuse,
« l'exercice de ces deux ordres de juridiction se trou-
« verait mêlé et confondu ce qui est contraire aux
« principes.

« Considérant sur la première objection qu'il n'est
« pas exact de dire que le Président au cas dont il
« s'agit se réforme lui-même ; que la première ordon-
« nance réservant la faculté de modifier la permission
« provisoirement accordée, le Président, en faisant
« ce qu'il s'est réservé de faire, loin de se réformer se
« conforme à sa propre décision ; — Considérant sur
« la deuxième objection que sans doute quand il y a
« demande en validité, le Président sortirait des
« limites de sa compétence s'il prétendait en dessaisir
« le Tribunal, et y statuer lui-même, mais qu'il ne
« fait ni l'un ni l'autre, qu'il reste exactement au con-
« traire dans la sphère de ses attributions puisque
« dans la seconde comme dans la première ordon-
« nance, il ne s'occupe que d'une chose : de la per-
« mission de saisie à accorder ou à refuser, *matière*
« *qui lui est expressément et exclusivement dévolue par*
« *l'art. précité* du Code de procédure civile qu'il est
« vrai que la permission du Président étant la base
« nécessaire de la saisie, le fait de modifier ou de
« retirer cette base aura pour conséquence, non de
« dessaisir le Tribunal, mais d'infirmer ou de modi-
« fier l'effet de la demande en validité portée devant

« lui ; mais que d'une part la demande en validité n'a
« porté au Tribunal que l'appréciation de la saisie
« telle qu'elle a été faite par la permission du Pré-
« sident, c'est-à-dire avec le caractère de révocabilité
« qu'elle lui a imprimée ; que d'autre part un acte
« légalement accompli par le Président dans la pléni-
« tude de son pouvoir, ne saurait devenir illégal,
« parce qu'il peut avoir pour conséquence de réagir
« sur une action pendante devant une autre juridic-
« tion ; que ce qui se passe ici est analogue à ce qui
« arriverait dans le cas, par exemple, où la saisie ou la
« demande en validité étant fondées sur un jugement
« de défaut rendu par le Juge de Paix, celui-ci vien-
« drait, sur opposition, à rétracter son jugement et
« par suite à faire tomber la demande en validité ;
« qu'on ne saurait reprocher comme un excès de
« pouvoir au Juge de Paix dans ce cas, non plus
« qu'au Président dans l'autre, ce qui n'est que la con-
« séquence d'un acte légalement accompli par eux
« dans les limites de leur juridiction ; — considérant
« sur la troisième objection qu'il est vrai que la per-
« mission du Président a pour objet de remplacer le
« titre ; que ce qu'il faut conclure de là c'est que la
« permission étant stipulée révocable, il doit arriver
« sous son empire ce qui arriverait sous l'empire
« d'un titre révocable ; qu'on ne prétend pas autre
« chose et qu'ainsi l'assimilation objectée, loin de
« contredire la doctrine qu'on expose, lui fournit un

« nouvel argument ; — considérant sur la quatrième
« objection qu'il est inexact de prétendre que l'acte
« par lequel le président accorde la permission de
« saisir et celui par lequel il retire ou modifie cette
« permission émaneraient de deux juridictions diffé-
« rentes ; que ces deux actes procèdent de la même
« source, de l'article 558, et du même pouvoir, celui
« institué par cet article ; que l'un n'est que le
« complément et la continuation de l'autre, que tous
« deux par conséquent appartiennent à la même juri-
« diction, la juridiction volontaire et discrétionnaire ;
« qu'il importe peu que lors de la deuxième ordon-
« nance, les parties aient été appelées à fournir con-
« tradictoirement leurs explications ; qu'*un acte de la*
« *juridiction volontaire ne perd pas son caractère par*
« *cela seul que le magistrat a voulu l'entourer des*
« *renseignements propres à éclairer sa conscience* ; que
« des explications demandées et fournies ne chan-
« gent pas la nature de la question à juger et ne peu-
« vent changer par conséquent la compétence à
« laquelle elle appartient ; que d'ailleurs la détermi-
« nation des juridictions étant d'ordre public, le
« magistrat, le voulut-il, ne pourrait y déroger en
« imposant aux parties quelques formes particulières
« de procéder ; qu'ainsi le reproche de mêler et de
« confondre les deux juridictions sur une même ques-
« tion manquent de fondement... Considérant d'une
« part qu'il est de principe que l'ordonnance qui

« permet la saisie-arrest émanant du pouvoir discrétionnaire du Président, n'est pas sujette à l'appel ;
« il suit de là que la deuxième ordonnance, modificative de la première, participant de sa nature et ne formant avec elle qu'un seul et même tout en est également affranchie, etc... ».

De très nombreux arrêts se sont rangés à cette solution et ont proclamé la légalité de la clause de référé s'appuyant toujours sur les mêmes motifs que ceux longuement développés dans l'arrêt que nous venons de rapporter :

Paris, 22 décembre 1837, *Journal du Palais* à sa date S. 1838. 2. 118 ; D. 1838. 2. 211. — 7 février 1842, *Journ. du Pal.* à sa date. — 25 mars 1844, *Journ. du Pal.* à sa date. — 15 mars 1856, P. 1856. 2. 16 ; S. 1856. 2. 204 ; D. 1856. 2. 138. — 24 juillet 1858, *J. Pal.* 1859. 750 ; D. 1858. 2. 144. — 1^{er} juin 1866, *J. Pal.* 1867. 788 ; S. 1867. 2. 189 ; D. 1867. 2. 157. — 16 août 1866, *J. Pal.* 1867. 788 ; S. 1867. 2. 189 ; D. 1867. 2. 65. — 23 mars 1867, *J. Pal.* 1867. 788 ; S. 1867. 2. 189 ; D. 1867. 2. 65. — 3 mai 1867, *J. Pal.* 1867. 788 ; S. 1867. 2. 189 ; D. 1867. 2. 157. — 4 mai 1867, *J. Pal.* 1867. 788 ; S. 1867. 2. 189 ; D. 1867. 2. 157. — 31 juillet 1871, *J. Pal.* 1872. 106 ; S. 1872. 2. 24. — Bordeaux, 16 juillet 1872, *J. Pal.* 1872. 1182 ; S. 1872. 2. 291. — Bastia, 12 février 1859, *J. Pal.* 1859. 756 ; S. 1859. 2. 253 ; D. 1859. 2. 151. — Paris, 11 février 1868, S. 1869. 2. 112. — Aix, 24 octobre

1886, *Bull. arr.* Aix 1887, page 112. — Paris, 3 novembre 1887, *Gaz. Pal.* 1887. 2. 518. — 5 janvier et 18 juillet 1889, D. 1891. 2. 49. — 22 janvier 1892, D. 1892. 2. 419. — Paris, 24 avril 1891, *Tabl. du D. P.* 1891, v^o saisie-arrêt n^o 10. — Paris, 6 mai 1897, D. 1898. 2. 262.

La Cour de cassation ne s'est, à notre connaissance, jamais prononcée expressément sur la légalité de la clause de référé, mais nombre de ses arrêts paraissent l'admettre implicitement. Ainsi le 1^{er} juillet 1890 (Cass. 1^{er} juill. 1890. D. 1890. 1. 469), la Cour suprême décide que « le Président du Tribunal ne trouvait ni dans les articles 558 et 808 du Code de procédure civile *ni même dans la réserve qu'il avait faite de statuer à nouveau en cas de difficulté*, le pouvoir de mettre à néant, une saisie-arrêt dont la validité avait été soumise au Tribunal par une demande régulière, etc... ».

Ce dont on peut conclure que la Cour suprême reconnaît tout au moins implicitement la légalité de la clause.

Nous nous réservons de discuter cette jurisprudence et le système qu'elle adopte lorsque nous exposerons notre système et nous dirons à ce moment sous quels tempéraments nous l'admettons. Nous terminerons l'étude de ce point en constatant que la jurisprudence est aujourd'hui unanimement fixée dans le sens de la validité de la clause de référé et il ne vient guère à

l'esprit des praticiens de contester devant les tribunaux la légalité d'une semblable réserve.

§ C. — 3^e système.

La clause de référé est licite mais superflue.

Ce système est soutenu par M. Bonjean dans son traité très documenté et le plus récent sur la matière « Ordonnances sur requête et sur référé » édition 1899.

Pour le bien comprendre il importe de se rappeler que M. Bonjean estime avec la toute dernière jurisprudence de la Cour de Cassation que nous avons citée plus haut (Notamment Cass. 3 avril 1895) que les ordonnances sur requête sont susceptibles de voies de recours, la loi ne les ayant pas prohibées expressément et que ces voies de recours sont celles usuelles, c'est-à-dire opposition, appel et cassation. M. Bonjean enseigne, d'accord d'ailleurs avec la Cour Suprême, que l'opposition doit tout naturellement être portée devant le juge des référés, et que puisque ce recours est de droit il était absolument inutile et superflu de créer la clause de référé qui n'a fait qu'amener la confusion et le désordre en enlevant au référé qui s'ensuivait le caractère normal qu'il aurait toujours dû conserver, et en établissant une différence injustifiée entre

les ordonnances sur requête pourvues de la clause de référé, et celles où elle faisait défaut (1). A quoi bon toutes ces complications puisque la loi a accordé la voie de l'opposition contre toutes les ordonnances sur requête, opposition devant être portée devant le juge des référés ! Pourquoi confirmer ce que la loi permet !

Nous ne saurions adopter cette théorie par cela même que nous nous refusons énergiquement, malgré les différents arrêts récents de la Cour de cassation et l'autorité d'un auteur aussi éminent que M. Bonjean, à admettre que la loi ait expressément ou même implicitement décidé que les ordonnances sur requête étaient susceptibles des voies de recours ordinaires (Voir *suprà*, pages 47 et suiv.). — Il nous semble que pour réfuter cette théorie on ne peut mieux faire que de lui retourner, à plus juste titre, selon nous, les arguments que son défenseur lui-même emploie pour condamner tout au moins en partie le système de M. de Belleyme. « Tout n'est-il pas étrange et anormal » lorsqu'il s'agit de mettre en pratique ces prétendues voies de recours, ce qui cependant ne devrait pas soulever la moindre difficulté puisque cet exercice est, dit-on, réglé par la loi.

Tout d'abord le propre de l'opposition est de supposer un contradicteur cité et qui a fait défaut, puis

1. Bonjean, *op. cit.*, t. I, p. 70 et suiv.

de comporter un certain délai pendant lequel cette voie de recours peut être utilement exercée, lequel si nous ne nous trompons, doit sauf disposition spéciale, ne cesser que lorsqu'il est absolument certain que le défaillant ne peut ignorer la sentence rendue contre lui, ou lorsqu'il y a acquiescé tacitement ou expressément (art. 158 et 159 Code de pr. civ.). — Enfin il est également de l'essence même de l'opposition de faire revenir le débat *devant la même juridiction que celle qui l'a tranchée par défaut et devant celle-là seule.*

Or aucun de ces trois caractères essentiels de l'opposition ne se retrouve dans la prétendue opposition devant le juge des référés.

Et tout d'abord en effet l'ordonnance sur requête ne saurait être en aucune façon assimilée à un jugement rendu par défaut. Ainsi que nous l'avons vu, il ne peut être question en matière d'ordonnance sur requête de contradicteur cité et partant de défaillant, puisque cette procédure spéciale n'a sa raison d'être que justement dans la nécessité où on se trouve de ne pas appeler l'adversaire. — On ne saurait donc en aucune façon assimiler l'ordonnance sur requête aux jugements rendus par défaut, lesquels sont seuls susceptibles d'opposition.

Le second point nous paraît encore plus grave ! En effet lorsque les parties, par suite de cette prétendue opposition, se trouvent devant le juge des référés, est-ce bien la même juridiction que celle qui a rendue

l'ordonnance dont est opposition, seconde condition essentielle de l'opposition ? Il nous paraît inutile d'insister longuement sur ce point, que nous reverrons d'ailleurs plus tard. La juridiction qui a rendu cette prétendue sentence par défaut, c'est-à-dire la première ordonnance, est le Président statuant sur requête (art. 558 du C. de pr. civ.), et la juridiction devant laquelle l'opposition est portée et qui devrait être la même, se trouve être le Président des Référés (art. 806 et suivants du C. de pr. civ.). — Nous ne croyons pas que jamais personne tente de soutenir que ces deux fonctions du Président soient identiques et constitue la même juridiction !

Enfin en ce qui concerne le délai pendant lequel le défaillant pourrait user de ce droit d'opposition M. Bonjean a été forcé de séparer de la Cour de cassation sous peine de ruiner complètement son système. Cette dernière estime en effet que le juge des référés devient fatalement et inexorablement incompétent, même en tant que juge de l'opposition, du jour où le principal se trouve saisi. — En matière de saisie-arrêt la Cour de cassation est aujourd'hui absolument fixée, ainsi que nous le verrons lors de l'étude du deuxième point de notre problème, pour décider que le principal se trouve saisi à dater de l'assignation en validité de la saisie-arrêt, c'est-à-dire qu'à partir de la date de cette assignation le juge des référés doit renvoyer au principal et par conséquent s'abstenir de

statuer. Et cependant on ne peut dire que le saisi ait exécuté l'ordonnance contre lui rendue, ou y ait acquiescé même tacitement, par cela seul que l'exploit d'assignation en validité lui a été signifié ! Que devient alors la règle édictée par les articles 158 et 159 du Code de procédure civile ! Le saisi ne devant connaître, ou tout au moins ne pouvant être légalement réputé connaître, la saisie-arrêt pratiquée à son encontre ainsi que l'ordonnance l'ayant autorisée que par la dénonciation qui lui en sera faite par le créancier saisissant, dénonciation qui ainsi que nous l'avons vu au début de cet ouvrage, se trouve nécessairement contenue dans le même exploit, il est permis de se demander quand il pourra user de ce droit d'opposition, que la loi lui a concédé pour sa sauvegarde ? On est alors forcé de reconnaître que le saisi ne connaît la sentence par défaut contre laquelle la loi, prétend-on, lui a ménagé la voie de l'opposition, qu'au moment même où l'assignation en validité l'en forclos ! On arrive donc à ce résultat que le saisi aurait à sa disposition une voie de recours qui serait prescrite à l'instant précis où il serait à même d'en faire usage ! Ne peut-on dire d'un tel recours que tout en lui est pour le moins étrange et anormal ! C'est ce qu'a compris M. Bonjean qui pour sauver sa théorie a été obligé de ne pas suivre la Cour de cassation sur ce point et de reculer, ainsi que nous le verrons, le moment où le principal se trouve saisi, de façon à laisser au défaut-

lant le temps de faire utilement opposition devant le juge des référés.

Il nous semble cependant que ce vice incontestable et radical du système que nous venons d'exposer, aurait dû faire admettre à ses partisans que la clause de référé, telle qu'elle est formulée et mise en pratique aujourd'hui, n'est pas absolument inutile et superflue, puisqu'elle leur permettrait de donner à une prétendue voie de recours, qui sans elle est mort-née, si nous osons nous exprimer ainsi, et partant imaginaire, une existence éphémère, il est vrai, puisqu'elle ne peut être exercée que pendant cinq jours, mais suffisante cependant grâce à l'obligation qu'elle impose au saisissant de porter l'ordonnance à la connaissance du saisi séparément de l'assignation en validité et d'empêcher ainsi que le juge des référés ne soit en tout état incompétent.

Nous terminerons en faisant remarquer que dans toutes les décisions par lesquelles la Cour suprême a récemment adopté et développé le principe des voies de recours normales contre les ordonnances sur requête, les ordonnances dont il s'agissait étaient toutes des ordonnances d'envoi en possession (art. 1008 du C. civ.) et où il ne pouvait être question de la difficulté insoluble à notre avis qui se rencontre inévitablement en ce qui touche les ordonnances permettant saisie-arrêt : « Dessaisissement forcé du Juge des Référés par l'assignation en validité, soit au moment

même où, en l'absence de la clause de référé, il est seulement susceptible d'être saisi ».

Peut-être la Cour de cassation n'eût-elle pas posé si hardiment un principe qui nous paraît absolument contraire à l'esprit de la loi et que ses conséquences pratiques, inacceptables en notre matière tout au moins, nous paraissent devoir faire condamner, si elle avait eù l'occasion de rencontrer de suite la difficulté inhérente aux ordonnances de saisie-arrêt que nous venons de signaler.

Jurisprudence.

Nous croyons qu'il n'existe dans le sens de la légalité mais inutilité de la clause de référé qu'un document de jurisprudence, document d'ailleurs infiniment moins intéressant que ceux précédemment cités et de beaucoup antérieur à la récente jurisprudence de la Cour de cassation. C'est un arrêt de la Cour d'Alger du 19 novembre 1870 (Sirey, 1872. 2. 195). En voici les attendus intéressants :

..... « *Attendu que la réserve sus-mentionnée (clause de référé) n'est point d'ailleurs contraire à ces principes ; qu'introduite et qu'accréditée par l'usage, elle a pour objet, non sans doute de créer une exception, une dérogation à la loi, mais bien d'appeler l'attention de la partie frappée en son absence et à son insu, de la prévenir que l'article 806 du Code de procédure civile*

« lui vient en aide, alors qu'elle est sous le coup d'un titre exécutoire, ou dans un cas d'urgente nécessité... ».

Il nous semble que c'est réduire à bien peu de chose l'utilité et le but de la clause de référé.

Nous espérons avoir démontré que la clause de référé avait une portée un peu plus étendue que celle que l'arrêt d'Alger veut bien lui reconnaître, et que si l'on en discutait vivement la légalité on n'en contestait généralement pas l'utilité pratique.

SECTION II

2^e point : Pendant quel délai peut-on user de la clause de référé ?

Une fois la validité de la clause de référé admise, ce que nous venons d'essayer de démontrer doit être résolu dans le sens de l'affirmative, il reste à savoir jusqu'à quel moment le saisi peut user de cette clause, c'est-à-dire jusqu'à quel moment il peut se pourvoir devant le juge des référés pour demander le rapport de l'ordonnance ayant autorisé la saisie-arrêt à son encontre et à son insu.

La difficulté provient de ce que, ainsi que nous l'avons vu, la jurisprudence et la majorité des auteurs décident que le Tribunal et le juge des référés ne peu-

vent être saisis en même temps du même litige, l'une de ces juridictions devant faire forcément préjudice à l'autre.

Le juge des référés, par cela seul que le Tribunal a été saisi antérieurement, doit se déclarer incompétent ou plus exactement se dessaisir de l'affaire pour la laisser au Tribunal devant lequel elle est déjà pendante.

Ainsi que nous le verrons plus tard cette question n'aurait pas dû se poser si on avait laissé à la clause de référé son véritable caractère et si l'on n'avait pas à tort, selon nous, vu dans la seconde ordonnance une véritable ordonnance de référé soumise aux dispositions des articles 806 et suivants du Code de procédure civile ; en un mot si l'on n'avait pas confondu les attributions nettement séparées de deux juridictions bien distinctes.

Mais admettons pour un moment avec la grande majorité des auteurs et de la jurisprudence que nous nous trouvons en présence d'un référé ordinaire, et examinons les solutions qui ont été proposées pour solutionner cette seconde question.

Elles consistent en deux systèmes : le premier décide que sitôt le Tribunal saisi de la demande en validité le juge des référés n'a plus compétence pour rapporter l'ordonnance sur requête. Ce système comporte d'ailleurs plusieurs variantes car on est loin de s'entendre sur le moment précis où le Tribunal doit être réputé saisi.

Le deuxième système enseigne qu'en tout état de cause et jusqu'au jugement de validité de saisie-arrêt le juge des référés peut rapporter la première ordonnance.

Examinons séparément ces deux systèmes.

§ A. — 1^{er} système.

**Sitôt le principal saisi, le juge des référés
devient incompétent.**

Cette théorie est celle qui rallie le plus de suffrages tant en doctrine qu'en jurisprudence, et elle est aujourd'hui à peu près universellement admise, surtout en jurisprudence où la question ne se pose même plus.

Les moyens invoqués à l'appui de cette thèse peuvent être résumés ainsi :

Dès que le Tribunal est saisi et par cela même et nécessairement le juge des référés est dessaisi et il a perdu tout pouvoir pour rétracter l'ordonnance sur requête ; on ne peut pas porter à la fois l'affaire devant le Tribunal et devant le Président sans créer un véritable conflit ; d'ailleurs si l'on donnait pouvoir au Président de rétracter l'ordonnance sur requête après le principal saisi, ce serait lui donner la faculté de faire tomber par une ordonnance (la seconde) une instance ouverte devant le Tribunal, celle en validité

de la saisie-arrêt, or aucun texte ne lui donne pareil pouvoir, ce qui serait d'ailleurs contraire à tous les principes universellement reconnus en matière de référé.

Mais les partisans de cette théorie sont loin de s'entendre sur le point de savoir à quel moment exact le principal est saisi et où le juge des référés se trouve dessaisi.

Pour les uns c'est l'assignation en validité qui saisit le principal par cela même que c'est le premier acte de procédure porté à sa connaissance, celui-là même qui ouvre les débats (1).

C'est ce système qui a été adopté par la Cour de cassation dont la Jurisprudence est absolument ferme et suivie d'ailleurs, par la grande majorité des Cours d'appel et des Présidents de référés (2) avec cette diffé-

1. Glasson, *op. cit.*, revu par Tissier édition 1908, t. II, p. 323, et sa note dans D. 1887. 2. 193. Boulet et Dubouloz. *Petite Encyclopédie juridique*, t. LIII. *Code de la saisie-arrêt*, p. 93, n. 130.

2. Montpellier, 7 avril 1854. S. 1855. 2. 294. D. 1855, 2. 193. — Paris, 28 janvier 1870. D. 1871. 2. 164; 11 mars 1870. D. 1871. 2. 86. — Lyon, 16 déc. 1871. D. 1871. 2. 134. — Alger, 29 avril 1872. D. 1872. 2. 227. — Paris, 28 août 1879. D. 1881. 2. 30 et 31. — Rouen, 17 juillet 1879. D. 1880. 2. 32. — Grenoble, 18 nov. 1856. D. 1857. 2. 242. — Paris, 16 juin 1866. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 157; 7 août 1871. S. 1872. 2. 195; 23 nov. 1878. *Journ. des av.*, 1879, p. 17; 28 août 1879. S. 1882. 2. 132. D. 1881. 2. 30; 14 déc. 1882. S. 1887. 2. 151. D. 1886. 2. 209. — Cass., 10 nov. 1885. S. 1886.

rence cependant que la plupart des Cours d'appel et des Juges de référés se contentent que l'assignation en référé soit antérieure à celle au principal. — La Cour de Cassation pousse le principe à l'extrême et exige que l'ordonnance de référé elle-même soit rendue antérieurement à la date de l'assignation en validité, ce qui, en fait, est à peu près impossible, même avec la modification que cette Jurisprudence a fait apporter à

1. 9. D. 1886. 1. 209. — Aix, 25 fév. 1886. *Bull. arr.* — Aix, 1887, p. 242. — Paris, 24 mars 1886. *Pand. fr. Per.*, 1886. 2. 168. — Bordeaux, 22 juill. 1886 et Aix, 29 nov. 1886. D. 1887. 2. 193. — Paris, 27 oct. 1887. *Journ. des av.*, 1888, p. 63; 26 mars et 18 avril 1888. *Gaz. Pal.*, 1888. 1. 688; 15 fév. et 3 mars 1889. *Ibid.*, 1889. 1. 733; 30 mars 1889. *Le Droit* du 17 avril 1889; 2 avril 1889. *Gaz. Pal.*, 1889. 1. 733; 9 août 1889. *Ibid.*, 1889. 2. 463. — Cass., 16 déc. 1889. S. 1890. 1. 481. D. 1890. 1. 263; 5 mars 1890. *La Loi* du 14 mai 1890. S. 1890. 1. 481. D. 1890. 1. 477. — Paris, 14 mai 1890. D. 1892. 2. 9. — Cass., 1^{er} juill. 1890. S. 1890. 1. 481. D. 1890. 1. 469. — Paris, 3 oct. 1891. S. 1892. 2. 209. D. 1892. 2. 167. — Cass., 24 fév. 1892. S. 92. 1. 144. D. 1893. 1. 12. — Paris, 5 mai 1892. *Gaz. Trib.* du 26 août 1892. — Bordeaux, 13 août 1894. *Journ. av.* — Bordeaux, 1894. 1. 294. — Cass., 5 mars 1895. S. 1895. 1. 168. D. 1895. 1. 120. — Paris, 6 mars 1896 et note de Glasson. D. 1898. 2. 241; 13 juill. 1897. *La Loi* du 23 déc. 1897. D. 1897. 2. 464. — Bruxelles, 9 juin 1898. D. 1900. 2. 245. — Amiens, 7 mars 1900. *Jour. aud.* — Amiens, 1901, p. 50. — Paris, 26 mars 1902. D. 1903. 2. 464. — Cass., 6 mars 1901. S. 1905. 2. 200. — Paris, 28 janv. 1902. *Recueil Gaz. des Trib.*, 1^{er} semestre, 2. 316. — Cass., 9 nov. 1908. *Le Droit* du 18 mars 1909. S. 1908. 1. 102. — Dijon, 10 mars 1903. D. 1904. 2. 43.

la clause des référés (1). Il importe en effet de se rappeler que la dénonciation de la saisie-arrêt et partant l'assignation en validité doivent être signifiées à peine de nullité dans la huitaine de l'opposition (art. 563

1. Notamment Cass., 1^{er} juil. 1890. D. 1890. 1. 469 et 16 déc. 1889, précités avec note de Glasson. L'arrêt du 1^{er} juillet 1890 est ainsi conçu : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Paris, 9 septembre 1889) *que l'ordonnance du 20 juill. 1889 a été rendue* alors qu'avait été formée la demande en validité de la saisie-arrêt autorisée par le Président du... ; Attendu que cette deuxième ordonnance en rétractant absolument la permission de saisir-arrêter faisait disparaître la matière de la saisie-arrêt et rendait inutile et sans portée la décision sur le fond ; qu'elle entraînait ainsi forcément *préjudice au principal* dont le Tribunal avait été saisi par la demande en validité ; — qu'elle dépassait par là les pouvoirs du Juge des référés ; — *qu'il importe peu que le saisi ait ou non constitué avoué*, et que l'instance n'ait pas été liée par là devant le Tribunal puisque *ce Tribunal saisi de la cause par l'assignation du saisissant, devait nécessairement en connaître* ; attendu que d'autre part le Président du Tribunal ne trouvait ni dans les articles 558 et 808 Code de procédure civile, *ni même dans la réserve qu'il avait faite de statuer à nouveau en cas de difficultés*, le pouvoir de remettre à néant une saisie-arrêt dont la validité avait été soumise au Tribunal par une demande régulière.... Note de Glasson sous le 2^e arrêt précité. « La Jurisprudence est fixée : *L'ordonnance de référé doit être rendue avant l'assignation en validité : On donne à l'appui de cette solution des raisons très graves* : Si le Tribunal est saisi par cela même et nécessairement le Président se trouve dessaisi ; — on ne peut pas porter l'affaire à la fois devant le Tribunal et devant le Président sans créer un véritable conflit, enfin s'il était permis au Président de faire tomber

C. pr. civ.). Normalement le saisi n'a connaissance de l'opposition qui le frappe que par la dénonciation qui lui en est faite et qui contient nécessairement assignation en validité, aussi d'après la Jurisprudence citée de la Cour de cassation le recours en référé ne serait jamais possible puisqu'il expirerait au moment même où on serait en mesure d'en user. C'est cette exigence de la Cour suprême qui a amené les Présidents à compléter très ingénieusement la réserve de référé telle qu'elle avait été formulée par M. de Belleyne afin de ne pas rendre illusoire un remède que la pratique des affaires avait fait créer et démontré indispensable.

Ils exigèrent donc dans leur ordonnance sur requête que celle-ci fut signifiée au saisi séparément de l'assignation en validité et de la dénonciation de la saisie-arêt et cinq jours au moins avant ces dernières ;

sa première ordonnance par une deuxième et après l'introduction de la demande en validité devant le Tribunal, il dépendrait de ce magistrat d'anéantir à lui seul une instance ouverte devant le Tribunal. *Ces raisons sont, nous le reconnaissons, fort sérieuses.* — Mais il importe de remarquer pour montrer la question sous son jour complet, qu'en déclarant le Président dessaisi par la demande en validité, on retire en réalité à ce magistrat le droit de revenir sur sa première ordonnance. — En fait, en effet, celui qui a obtenu cette première ordonnance ne manque jamais, en même temps qu'il la signifie, d'assigner en validité devant le Tribunal. *Une intervention du législateur pourrait seule porter remède au mal que nous signalons.* »

ainsi le principal ne se trouvait saisi que cinq jours après que le saisi avait connaissance de la mesure rendue contre lui, délai pendant lequel il pouvait se pourvoir en référé en rapport de l'ordonnance sur requête.

Nous examinerons la valeur de cette nouvelle clause un peu plus bas.

En la supposant admise pour le moment, il faut convenir qu'elle est rendue à peu près illusoire par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Nous ne voyons pas en effet qu'en cinq jours, qui en pratique ne sont pas francs, ce qui les réduit à quatre le saisi puisse assigner en référé et *obtenir ordonnance*.

Il faudrait pour cela jouer la plupart du temps du référé à heure indiquée de l'article 808 du Code de procédure civile, ce qui n'est pas très courant.

Heureusement les Cours d'appel et les juges des référés ainsi que nous l'avons dit n'ont pas absolument suivi la Cour suprême dans cette voie et s'estiment compétents du moment que l'assignation en référé est antérieure à l'assignation en validité (1) sans

1. Voyez notamment Paris, 6 mai 1897. D. 1898. 2. 262. Paris, 22 janvier 1892. D. 1892. 2. 419. Voyez *Contrà*, cependant Paris, 14 décembre 1892. D. 1893. 2. 529 et note de M. Cohendy, aussi *Pandectes françaises*, v^o saisie-arrêt, n. 137.

aller jusqu'à exiger que leur ordonnance soit, elle aussi, antérieure à l'assignation en validité.

D'autres auteurs et quelques décisions de jurisprudence estiment, les uns que le principal n'est réellement saisi que par la constitution d'avoué que fait le saisi sur l'assignation en validité (1), les autres que le principal n'est saisi que par les conclusions au fond que signifie le saisi (2) faisant remarquer que jusqu'à ce moment-là le désistement que pourrait faire le demandeur n'a pas besoin d'être accepté par le défendeur, et que par conséquent l'instance n'est pas liée.

Nous nous réservons de discuter cette thèse lorsque nous exposerons notre système. Nous ferons remarquer dès à présent cependant qu'il nous paraît inexact de soutenir que le Tribunal et le juge des référés

1. Paris, 16 août 1866. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 25. Rouen, 17 juillet 1879. D. 1880. 2. 32. Paris, 5 janv. 1889. D. 1891. 2. 49; 2 mars 1889. D. 1890. 1. 477; 9 septembre 1889. D. 1890. 1. 469. Paris, 6 août 1866. D. 1867. 2. 65.

2. Garsonnet, *op. cit.*, p. 698, note 54. Tissier-Darras et Louiche-Desfontaines. Code de procédure civile annoté, art. 558, n. 53. Bonjean, *op. cit.*, p. 599, n. 1183. Paris, 15 mars 1856. S. 1856. 2. 204. D. 1856. 2. 138; 23 mars 1867. S. 1867, 2. 189. D. 1867. 2. 25; 31 juillet 1871. S. 1872. 2. 24. D. 1871. 2. 164; 19 février 1872. D. 1872. 2. 227. Lyon, 6 mai 1861. S. 1861. 2. 487. Bastia, 12 février 1859. S. 1859. 2. 253. D. 1859. 2. 151. Paris, 5 janvier 1889. D. 1891. 2. 49. 7 novembre 1892. D. 1893, 2. 529.

sont saisis du même litige et que par conséquent le juge des référés doit se dessaisir de l'affaire, s'il ne peut la juger avant l'assignation en validité sous peine de créer un véritable conflit, lorsque le Tribunal est saisi d'une demande en validité de saisie-arrêt et le juge des référés de la valeur de l'ordonnance sur requête qui a autorisé cette saisie. Le Tribunal même saisi de la demande en validité n'aura jamais à juger la question de savoir si le Président statuant sur requête devait ou non autoriser la saisie-arrêt ; *ce pouvoir a été conféré à la discrétion entière et absolue du Président seul* par l'article 558 du Code de procédure civile, et le Tribunal ne saurait avoir un droit de contrôle ou de réformation sur pareille ordonnance qui est au-dessus de toute voie de recours par sa nature, et que même les partisans des voies de recours contre les ordonnances sur requête n'accordent pas au Tribunal. — Il en est autrement du juge des référés puisqu'il a plu au Président statuant sur requête, de lui conférer et réserver en vertu de son pouvoir discrétionnaire et absolu pareille compétence. — Il y a donc là deux questions bien distinctes qui ne sont pas susceptibles de pouvoir être tranchées par la même juridiction ni en conséquence de créer un conflit ou faire préjudice au principal et partant le Juge des référés devrait pouvoir logiquement trancher en tout état de cause une question dont le Tribunal n'est et ne peut être jamais saisi même par l'assigna-

tion en validité puisqu'elle n'est pas de son ressort (1).

§ B. — 2^e système.

**En tout état de cause le juge des référés
peut statuer.**

Les auteurs qui enseignent cette théorie partent tous du même principe à savoir que le juge des référés ne jugeant que le provisoire et le Tribunal le principal, le juge des référés l'apparence du droit, le Tribunal le fond du droit, ne se trouvent pas en conflit, se meuvent dans la sphère de leurs attributions bien distinctes et en conséquence que l'une de ces juridictions ne saurait préjudicier à l'autre ; qu'au surplus la mesure sollicitée n'étant, tout comme l'ordonnance qui l'a autorisée, que provisoire et conditionnelle, la demande en validité a les mêmes caractères et est précaire et subordonnée à l'appréciation de la juridiction contentieuse ; qu'en conséquence la demande en validité ne peut avoir pour effet de modifier la nature et les effets de l'acte dont on demande la validité, lequel reste provisoire et révocable avant comme après cette demande.

1. Voyez dans ce sens l'arrêt de la Cour de Lyon du 6 mai 1861 précité (pages 96 et suivantes).

A vrai dire, cette théorie ne se rencontre chez les auteurs que justement parmi ceux qui proclament l'illégalité de la clause de référé et qui, bien entendu, ne la basent que sur le premier argument, c'est-à-dire que le juge des référés juge le provisoire et le Tribunal le fond même du droit. Elle est représentée par MM. Bazot (1) et Bertin (2) pour lesquels, ainsi que nous l'avons vu, le juge des référés n'a aucun pouvoir pour rapporter l'ordonnance sur requête autorisant la saisie-arrêt laquelle est absolument irréfragable et intangible mais qui puise dans l'urgence seule le pouvoir de donner mainlevée pure et simple de la mesure autorisée par cette ordonnance sur requête, c'est-à-dire de la saisie-arrêt. Tant que l'urgence pourra être invoquée, le juge des référés restera compétent. Nous avons déjà fait remarquer combien nous paraissait illusoire et subtil ce respect si grand dû aux ordonnances sur requête qui tolérât cependant que tous les effets produits par celles-ci fussent mis à néant et qu'elles devinssent lettre morte. Enfin nous ne saurions attribuer pareille compétence au juge des référés car cela revient à le considérer comme un juge d'instance et le Tribunal comme une cour d'appel. Tous litiges urgents seraient tranchés en premier

1. Bazot, *op. cit.*, p. 162 et suivantes.

2. Bertin, *op. cit.*, *Ordonnances sur requêtes*, p. 123 et 124, n° 239 et 240.

ressort par le juge des référés, en second ressort par le Tribunal et en troisième ressort par la Cour d'appel ! Nous ne pouvons admettre que telle ait été la pensée du législateur lorsqu'il rédigea le titre des référés.

La jurisprudence cependant offre quelques décisions dans lesquelles, sans partir du même principe que MM. Bertin et Bazot et en admettant la validité de la clause de référé, elle reconnaît que le juge des référés reste, en vertu de la réserve, compétent jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur la validité de la saisie-arrest. Les arrêts qui soutiennent cette thèse s'appuient généralement sur la seconde raison donnée par les partisans de ce système et que nous avons rapportée à savoir : que l'ordonnance en vertu de laquelle est pratiquée la saisie étant tout conditionnelle et provisoire, la demande en validité qui s'ensuit revêt les mêmes caractères et n'est, tout comme l'ordonnance, que conditionnelle et sujette à la confirmation de cette ordonnance en cas de pourvoi en référé par le saisi contre cette dernière.

Cette thèse est très fortement et très nettement exposée dans un arrêt de la première chambre de la Cour d'appel de Paris du 18 juillet 1889 (D. 1891. 2. 49 et 50) ainsi conçu :

« Considérant que la nécessité de se réserver le
« droit de réviser en référé son ordonnance d'autori-
« sation s'impose à la sagesse et à la prudence du
« juge auquel les requêtes sont présentées ; — que

« ces réserves expressément formulées par le juge
« agissant dans la plénitude de son droit de réviser
« son ordonnance après avoir entendu les explica-
« tions de celui qu'on lui a représenté comme débi-
« teur, impriment à son autorisation un caractère
« essentiellement provisoire et conditionnel ; que
« si, par suite, la demande en validité a été intentée
« avant que le juge du référé ait pu exercer son
« droit de révision, *le Tribunal n'aura été saisi de*
« *cette demande que provisoirement et conditionnelle-*
« *ment, d'où la conséquence que, si l'ordonnance d'au-*
« *torisation est rapportée, la condition résolutoire sous*
« *laquelle avait été saisi le Tribunal étant réalisée, le*
« *dessaisissement de ce Tribunal, s'opère de plein droit*
« *et rétroactivement, non par l'effet direct de la déci-*
« *sion du juge, mais par l'effet même de la loi ;* Consi-
« dérant d'autre part que ce serait en réalité mécon-
« naître au Président qui autorise une saisie-arrêt le
« droit de formuler des réserves pour réviser en
« référé son ordonnance d'autorisation, que de limi-
« ter l'exercice de son droit de révision au temps qui
« précède l'introduction de l'instance en validité ;
« que dans la presque universalité des cas, en effet
« le saisi n'aura pu connaître la mesure prise contre
« lui que par la dénonciation de la saisie-arrêt qui
« doit lui être faite et qui doit contenir à peine de
« nullité l'assignation en validité devant le Tribunal,
« d'où il résulte qu'il suffirait au saisissant, ce qui

« au surplus, est d'une pratique constante, de signi-
« fier son exploit de dénonciation, sinon le jour, mais
« le lendemain de la saisie, pour enlever au juge et
« au saisi le bénéfice des réserves dont on ne saurait
« contester la valeur juridique, et condamner ce der-
« nier à subir les longues attentes du rôle d'audience
« pour faire reconnaître le mal fondé de la mesure
« qui aura été prise contre lui et qui aura pû causer
« les plus graves atteintes à son crédit et à sa fortune ;
« Considérant dès lors que les plus graves raisons de
« justice et d'équité viennent s'ajouter aux raisons de
« droit ci-dessus énoncées pour maintenir *intact* le
« droit pour le juge qui a autorisé une saisie-arrêt de la
« rétracter en référé, après avoir entendu contradic-
« toirement les parties intéressées, *après comme avant*
« *l'introduction de la demande en validité* ; que si le
« juge appelé par l'article 568 du Code de procédure
« civile à délivrer dans certains cas l'autorisation de
« saisir-arrêter se voyait contester son droit de révi-
« sion, il serait fatalement porté au grand préjudice
« des créanciers les plus légitimes et dans la crainte
« de favoriser inconsciemment la fraude et le chantage
« à n'accorder que dans les cas exceptionnels où le
« droit du saisissant est à l'abri de toute contestation
« sérieuse l'ordonnance d'autorisation ; considérant
« au surplus dans l'espèce que le juge des référés avait
« été saisi avant l'introduction de la demande en vali-
« dité... ».

Il est d'ailleurs à remarquer que dans l'espèce rapportée la question n'aurait pas dû se poser puisqu'ainsi que le fait remarquer l'arrêt l'assignation en référé était antérieure à celle en validité de la saisie ; mais l'ordonnance de référé qui avait rapporté l'ordonnance sur requête était, elle, postérieure à l'assignation en validité et l'appelant avait voulu se prévaloir de la jurisprudence de la Cour de cassation que nous avons critiquée pour faire infirmer l'ordonnance comme rendue tardivement.

Un autre arrêt de la Cour d'Alger accorde pareillement au saisi le droit de se pourvoir en référé tant que le jugement de validité n'est pas rendu mais nous ne saurions trop préciser quels sont les motifs qui lui font admettre pareille solution car il est des plus concis sur ce point ;

« Attendu il est vrai qu'il est allégué qu'à la date du
« 13 mai (date de l'ordonnance de référé), le Tribunal
« était déjà saisi d'une demande en validité mais que
« ce fait est sans influence sur la compétence du Pré-
« sident pourvu qu'il ne soit encore intervenu aucune
« décision du fait du Tribunal, ce qui est le cas dans
« l'espèce ». Alger, 7 novembre 1892. D. 1893. 2. 529
et suivants et note (1).

1. Voy. aussi Paris, 24 avril 1891. D. 1891. 2. 5. 467 ;
22 janvier 1892. D. 1892. 2. 419. Paris, 15 décembre 1882. D.
1883. 2. 97.

Enfin, nous nous devons de citer une thèse qui pour être restée à peu près isolée et n'avoir pas été soutenue pour la défense même de la question qui nous occupe n'en a pas moins de valeur à notre avis (1) ; nous estimons en effet que c'est celle qui donne l'argument le plus décisif et à la fois le plus simple pour démontrer que le juge des référés reste compétent pour modifier l'ordonnance sur requête ainsi qu'il se l'est réservé alors même que le principal serait saisi par l'assignation en validité.

Cette thèse est soutenue dans le très remarquable arrêt de la Cour de Lyon du 6 mai 1861 (S. 1861. 2. 487) que nous avons déjà eu l'occasion de rapporter. Ce système enseigne qu'il ne peut y avoir litispendance, et par conséquent incompétence du juge des référés, par ce fait que ce dernier est saisi d'une question tout autre que celle qui est portée à la connaissance et à l'appréciation du Tribunal par l'instance en validité de la saisie-arrêt. En effet le juge des référés n'est sollicité que d'une chose, savoir : si le créancier devait être autorisé à former saisie-arrêt ; or, de par

1. Voyez dans le même sens : Paris, 15 décembre 1882. D. 1883. 2. 97. Cet arrêt refuse également l'appel contre la deuxième ordonnance mais il établit très nettement dans ses attendus que le juge des référés est saisi d'une question dont le Tribunal ne peut jamais l'être parce qu'il n'a pas pouvoir pour cela : à savoir si le Président devait ou non autoriser la saisie-arrêt.

l'article 558 du Code de procédure civile, c'est au Président seul qu'appartient semblable pouvoir, et ainsi donc le Tribunal ne saurait jamais être saisi de cette question qui n'est pas de sa compétence. Ce raisonnement nous paraît très juste et nous ne pouvons nous empêcher de nous étonner qu'il n'ait pas été mis à profit par les partisans de la clause de référé. Nous nous bornerons à rappeler les considérants de cet arrêt relatif à ce point :

« Considérant sur la deuxième objection, que, sans doute, quand il y a demande en validité, le Président sortirait des limites de sa compétence s'il prétendait en dessaisir le Tribunal et y statuer lui-même, mais qu'il ne fait ni l'un ni l'autre ; qu'il reste exactement au contraire dans la sphère de ses attributions puisque dans la seconde comme dans la première ordonnance, *il ne s'occupe que d'une chose : de la permission de saisie à accorder ou refuser, matière qui lui est expressément et exclusivement dévolue par l'article précité (558) du Code de procédure civile, etc...* ».

Nous ne pouvons que nous ranger à d'aussi bonnes raisons avec cette réserve cependant que l'article 558 du Code de procédure civile donne en effet exclusivement pouvoir d'accorder ou refuser le permis de saisir au Président, mais au Président statuant sur requête et non pas au Président statuant en référé.

§ C

Clause des cinq jours.

En présence, d'un côté de la jurisprudence absolument fixée de la Cour de cassation et exigeant pour que le Président des référés puisse être compétent que son ordonnance soit rendue antérieurement à l'assignation en validité et en présence d'un autre côté de la loi qui exige que la dénonciation de la saisie-arrière soit faite par le même acte que l'assignation en validité, le saisi ne pouvait user à aucun moment de la réserve de référé que le Président lui avait accordée puisque l'usage de ce droit lui était interdit au moment exact où il pouvait songer à l'employer.

Aussi les Présidents ont-ils fait tous leurs efforts pour remédier aux effets néfastes de la jurisprudence suprême et ils ont trouvé un moyen très ingénieux que nous ne pouvons nous empêcher de comparer à ceux si subtils du prêteur, pour conserver à la clause du Président de Belley toute son utilité pratique.

Malheureusement ce subterfuge, si habile soit-il, n'est pas protégé ainsi que ceux du prêteur par les siècles et l'intérêt historique et il a donné lieu à de très vives critiques qui sont loin d'être éteintes. Il consiste,

ainsi que nous l'avons déjà vu, à ordonner au créancier saisissant de signifier au saisi l'ordonnance surrequête qui vient de l'autoriser à saisir, séparément de la dénonciation de la saisie-arrêt et partant de l'assignation en validité; de plus, ordre est donné au créancier de ne faire cette dénonciation avec assignation que cinq jours, généralement, après la signification de l'ordonnance. Ainsi donc le principal ne se trouvera saisi que cinq jours après que le saisi aura eu connaissance de la mesure ordonnée contre lui, et pendant ce laps de temps, le juge des référés restera compétent pour faire jouer la clause de référé s'il plaît au saisi de le lui demander. Nous ne revenons pas sur la formule de cette clause que nous avons déjà donnée et qui est des plus simples.

La grande majorité des auteurs récents à notre connaissance, (car cette clause est relativement récente, lui font les mêmes reproches : rien n'autorise le Président à imposer pareille obligation au créancier saisissant, aucun texte de loi ne l'autorise à imposer au créancier une formalité non prévue et un surcroît de frais (exploit de signification d'ordonnance). C'est là de l'arbitraire et partant de l'illégalité (1). Certains vont même jusqu'à trouver ce moyen injurieux pour la Cour de cassation puisqu'il n'a qu'un but : faire échec à sa jurisprudence (2).

1. En ce sens Garsonnet, *op. cit.*, t. III, p. 698, n. 54.

2. Bonjean, *op. cit.*, p. 596, n. 1178.

Bermond

Nous croyons pouvoir trouver dans les griefs mêmes des adversaires de ce subterfuge le moyen d'en prouver la légalité. Prescription arbitraire nous dit-on, mais ne convient-il pas de se rappeler que lorsque le président agit dans les termes de l'article 558 du Code de procédure civile et plus généralement lorsqu'il statue sur requête, c'est discrétionnairement et arbitrairement qu'il agit. Tout le monde aujourd'hui est d'accord pour admettre que justement ce pouvoir arbitraire et souverain que le Président possède en statuant sur requête l'autorise à insérer dans son ordonnance la réserve qu'il lui en sera référé en cas de difficultés. Eh bien, mais il nous semble que pour cette prescription, on pourrait dire aussi que c'est créer une formalité non prévue par la loi (recours en référé et peut-être en appel contre une ordonnance qui n'est susceptible d'aucun recours) ; que c'est exposer aussi les parties à un surcroît de frais ceux du référé et peut-être de l'appel qui sont autrement plus considérables que ceux d'une signification d'ordonnance.

Est-il jamais venu à l'idée de quelqu'un de taxer d'illégale et d'arbitraire la pratique suivante qui est constante au Tribunal civil de la Seine. Les plaideurs, pour éviter la grande conciliation, présentent requête au Président afin d'assigner à bref délai (art. 72 C. pr. c.). Or les Présidents exigent toujours qu'à l'appui de la requête le créancier joigne une sommation faite par huissier à son débiteur le mettant en demeure de s'ac-

quitter. Et si pareille sommation n'est pas jointe à la requête, le Président refuse de rendre l'ordonnance tant que le créancier ne justifiera pas de cette sommation. Il nous semble bien que l'arbitraire n'est pas plus grave dans un cas que dans l'autre, que les frais, si tant est que l'on puisse prendre cette raison au sérieux, ne sont pas sensiblement différents et cependant jamais, avons-nous dit, on a osé taxer d'illégal ou d'arbitraire cette exigence.

Et alors même qu'on estimerait arbitraire pareille prescription, nous pensons qu'arbitraire ne doit pas être pris en l'espèce comme synonyme d'illégal puisque de par la loi et de par une distinction de tout temps et incontestée le Président en agissant sur requête est investi d'un pouvoir discrétionnaire et qu'en conséquence, il ne peut être question d'illégalité tant qu'il ne fait pas quelque chose *d'expressément défendu par la loi*. Cette dernière a fait confiance à la sagesse et à la probité du Président en lui attribuant un pouvoir souverain, — nous ne pensons pas qu'en imposant au créancier l'obligation de signifier l'ordonnance quelques jours avant d'assigner en validité, le président manque à cette confiance.

Nous concluerons donc en admettant pour parfaitement valable et légale pareille prescription qui ne fait que se renfermer dans le pouvoir souverain et discrétionnaire dont jouit le Président en cette matière.

Le savant professeur Glasson paraît d'ailleurs admet-

tre implicitement notre manière de voir dans son *Précis théorique et pratique de procédure civile* (t. II, p. 198) quoiqu'il change un peu d'avis et devienne plus sévère en note de certains arrêts. MM. Tissier, Darras et Louiche Desfontaine, dans leur *Code de procédure civile annoté* (art. 558), admettent pareillement la validité de cette clause dite des cinq jours surtout pour des raisons d'utilité pratique (1).

La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer explicitement sur ce point tout au moins à notre connaissance. Certains auteurs, et les recueils de jurisprudence citent généralement comme reconnaissant la validité de la clause dont s'agit un arrêt de la Chambre des Vacances de la Cour de Paris du 3 octobre 1891. Nous croyons que c'est faire dire à un arrêt ce qu'il n'a jamais entendu dire ; l'on s'en rendra compte par sa seule lecture :

« En ce qui concerne l'excès de pouvoir résultant
« de ce que le Président du Tribunal aurait, sans y
« être autorisé par la loi, imposé à l'appelant l'obligation de signifier son ordonnance et de ne pas dénoncer la saisie-arrest avant un délai imparti par lui ;
« considérant que ces reproches s'adressent à la première ordonnance rendue par le Président du Tri-

(1) M. le Professeur Tissier dans l'édition par lui remise à jour du livre de M. Glasson paraît adopter le système de M. Glasson c'est-à-dire légalité de la clause des 5 jours. V. *op. cit.* édition 1908 page 323.

*« bunal le 6 août 1891 sur requête et dont il n'a pas
« et n'a pu être relevé appel... met l'appellation à
« néant » (S. 1892. 2. 209 et note et D. 1892. 2. 167).*

La Cour était bien saisie de notre problème mais elle n'a pas estimé à juste raison avoir compétence pour le trancher puisque c'était là un grief contre l'ordonnance sur requête contre laquelle il ne pouvait y avoir d'appel ; peut-être pourrait-on aller jusqu'à induire que le moyen ingénieux trouvé par la Cour pour éviter de trancher la question lui a été suggéré par le désir de laisser efficace une clause dont l'intérêt pratique est incontestable, mais il nous semble que c'est encore aller trop loin et qu'il est préférable de décider que la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

SECTION III

3^e point : Voies de recours contre la seconde ordonnance. Son caractère.

§ A.

Généralités.

Ce troisième et dernier point du problème que nous avons à résoudre est un des plus importants et assu-

rément celui qui a donné lieu aux controverses les plus vives.

Nous savons que le résultat de la mise en action par le saisi de la clause de référé est d'aboutir à une ordonnance contradictoire, ou tout au moins à laquelle le saisissant a été appelé, ordonnance confirmant ou rapportant l'ordonnance sur requête ayant autorisé la saisie-arrêt sous cette condition.

Il est tout d'abord certain, à notre avis, que pour M. le Président de Belleyrne cette question n'aurait pas du se poser et il nous semble que si l'on en est arrivé là c'est uniquement à cause d'une similitude et d'une mauvaise interprétation de mots en même temps que d'une similitude apparente de procédure.

Similitude et mauvaise interprétation de mots, disons-nous. En effet, lorsque le Président de Belleyrne écrivait dans ses ordonnances qu'il lui en serait référé en cas de difficultés, il entendait tout simplement dire que les parties se représenteraient devant lui *toujours en tant que juge statuant sur requête* pour lui fournir leurs explications. Jamais, croyons nous, il ne pensait qu'en employant ce mot de « référer » cela dut modifier radicalement ses fonctions et lui donner la compétence spéciale qui est attribuée au Président par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile. Malheureusement au lieu de prendre comme on l'aurait dû, ce mot de « référer » dans son sens commun, on le prit dans son sens spécial et juridique,

celui des articles 806 et suivants. La seconde confusion devait nécessairement s'ensuivre, et tout naturellement on estima que pour en référer au Président ainsi qu'il l'avait inséré dans son ordonnance, on devait suivre la procédure spéciale édictée par les mêmes articles 806 et suivants du Code de procédure civile. Le Président de Belleyne est peut-être un peu responsable de cette confusion, qui a d'ailleurs fourni des armes à ses adversaires ; et puisqu'il inventait de toutes pièces un système, car on ne saurait prétendre raisonnablement qu'il était prévu par la loi, il aurait dû s'expliquer un peu plus longuement sur la façon dont il entendait le mettre en pratique.

Confusion de mots, confusion de procédure, telle est, à notre avis, l'origine de la question qui se pose aujourd'hui et que nous avons à examiner.

Deux systèmes ont été proposés tant en doctrine qu'en jurisprudence :

Le premier, le plus généralement suivi, voit dans la seconde ordonnance une véritable ordonnance de référé et partant susceptible d'appel.

Le deuxième au contraire, aujourd'hui à peu près abandonné, décide que la seconde ordonnance a les mêmes caractères que la première, qu'elle ne fait que compléter, et restant ainsi de juridiction gracieuse n'est pas plus susceptible de voie de recours que la première.

§ B. — 1^{er} système.

C'est une ordonnance de référé normale contre laquelle l'appel est recevable.

Les auteurs partisans de ce système, ainsi que les décisions de jurisprudence qui l'ont adopté, appuient leurs conclusions sur les arguments suivants :

La seconde ordonnance est rendue sur assignation, les débats qui s'ensuivent sont contradictoires et ce sont là les caractères fondamentaux de la juridiction contentieuse. Cette seconde ordonnance, de par son caractère contentieux qui ne saurait être mis en doute, est donc sujette à l'appel, et ne peut nullement être considérée comme le complément de la première ordonnance dont elle n'a aucun des caractères (1). Dans les débuts, la Jurisprudence a été fort divisée sur la question et les décisions dans les deux sens ont été très nombreuses. Certaines chambres de la Cour de Paris admettaient l'appel alors que d'autres le refusaient. Ces dissidences, et ces nombreuses décisions contradictoires ont d'ailleurs servi d'argument aux

1. En ce sens notamment Glasson, *op. cit.*, édition 1908 revue par M. Tissier page 322 du tome II et sa note sous Paris, 15 décembre 1882 dans D. 1883. 2. 97. Boulet et Dubouloz, *op. cit.*, t. 53, n. 136. Bioche, *Dict.*, v^o saisie-arrêt, n. 432.

adversaires de la clause de référé, dissidences qui d'après eux devaient faire conclure à la condamnation d'un subterfuge qui ne pouvait qu'être illégal par les résultats mêmes de sa mise en pratique. C'est ainsi que MM. Bertin, Bazot et Bonjean tous partisans, ainsi que nous l'avons vu, du référé normal, reprochent à la clause de référé d'avoir fait naître ces difficultés inextricables au sujet des voies de recours contre la seconde ordonnance, difficultés qui n'auraient jamais dû naître si on n'avait vu dans cette seconde ordonnance qu'une ordonnance de référé régie par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile.

Les auteurs partisans de l'appel contre la seconde ordonnance n'ont pas consacré de bien longs développements à l'établissement de leur assertion et c'est dans la jurisprudence qu'on trouve cette théorie le plus longuement développée. Nous nous bornerons à renvoyer aux décisions rapportées en note (1) qui

1. Paris, 13 octobre 1836. D. 1838. 2. 211 ; 22 décembre 1837. *Jour. du Pal.* à sa date. S. 1838. 2. 118. D. 1838. 2. 211 ; 9 septembre 1841. *Jour. du Pal.* à sa date ; 10 mars 1848. D. 1849. 2. 252 ; 8 décembre 1852. S. 1853. 2. 177. D. 1856. 2. 20 ; 9 juillet 1855. D. 1856. 5. 47 ; 16 juin 1866. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 157 ; 16 août 1866. *Jour. du Pal.* 1867. 788. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 65 ; 23 mars 1867. *Jour. du Pal.* 1867. 788. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 65 ; 11 février 1868. *Jour. du Pal.* 1869. 569. S. 1869. 2. 112. D. 1871. 2. 85 ; 28 janvier 1870. D. 1871. 2. 164 ; 11 mars 1870. D. 1871. 2. 85 ; 30 avril 1870. D. 1871. 2. 85. — Rouen,

toutes reproduisent les arguments que nous avons analysés plus haut.

A l'heure actuelle cette opinion est unanimement reconnue par les Cours auxquelles la question n'est même plus posée.

Les arrêts les plus récents sur la matière sont ceux de Bordeaux 22 juillet 1886 et Aix 29 novembre 1886 rapportés au Dalloz de 1887. 2. 193 et un arrêt de la Cour de Bruxelles du 9 juin 1898 rapporté au même recueil 1900. 2. 245 qui tous admettent l'appel sans prendre même la peine de motiver davantage leurs décisions.

2 février 1841. *Jour. du Pal.* à sa date. S. 1841. 2. 261, D. 1852. 5. 26. — Montpellier, 26 décembre 1870. *Jour. du Pal.* 1872. 814. S. 1872. 2. 195. D. 1872. 2. 228. — Bordeaux, 15 mars 1855. *Jour. du Pal.* 1855. 2. 251. S. 1855. 2. 405; 14 avril 1856. D. 1856. 2. 815. — Lyon, 25 avril 1856. *Jour. du Pal.* 1857. 175. S. 1856. 2. 465. D. 1857. 2. 5; 29 janvier 1857. *Jour. du Pal.* 1858. 1065. S. 1858. 2. 209; 10 décembre 1871. D. 1872. 2. 134. — Alger, 19 novembre 1870. *Jour. du Pal.* 1872. 814. S. 1872. 2. 195; 29 avril 1872. *Jour. du Pal.* 1872. 814. S. 1872. 2. 195. D. 1872. 2. 227. — Cass., 16 mai 1860. *Jour. du Pal.* 1860. 1148. S. 1861. 1. 181. D. 1860. 1. 432.

§ C. — 2^e système.

La deuxième ordonnance, comme la première, est de juridiction gracieuse et partant n'est pas susceptible d'appel.

Cette théorie aujourd'hui absolument abandonnée a cependant été très fortement soutenue dans les débuts et avait entraîné à sa suite de nombreuses Cours d'appel.

Nous ne saurions mieux faire pour montrer toute l'ingéniosité et toute la subtilité dont ont fait preuve ses défenseurs que de rapporter la très remarquable dissertation que l'éminent avocat, M. Blin, a fait paraître en 1867 dans le *Journal de procédure civile et commerciale* (1867, tome 33, article 8818, page 22) (1). Elle contient en même temps réfutation des arguments invoqués par les partisans de l'appel, et a été reproduite en partie par les arrêts qui refusent l'appel : « L'article 558 du Code de procédure donne au Président le pouvoir d'accorder une permission de saisir-arrêter sur une simple requête du créancier. En

1. Dans le même sens Roger, Saisie-arrêt, n. 148 *bis* et 507. Dalloz, *Répert.* V^o Saisie-arrêt, n. 124. De Belleyme, *op. cit.*, préface, p. 6.

« fait il arrive souvent que l'ordonnance est conçue
« en termes conditionnels. Le Président se réserve la
« faculté de révoquer la permission qu'il accorde et
« exprime cette restriction en disant qu'il lui en sera
« référé en cas de difficulté. On a contesté la légalité
« de ces réserves. L'autorisation, a-t-on dit, peut être
« refusée mais si le Président la donne, elle doit être
« pure et simple, la loi ne lui ayant pas attribué le
« pouvoir de réformer ses propres ordonnances. Nous
« pensons au contraire que rien n'est plus légal que
« cet usage. Si en effet, aux termes de l'article 558, le
« Président est maître de répondre à la requête par
« un refus cette faculté ne contient-elle pas virtuelle-
« ment celle de n'accorder qu'une autorisation con-
« ditionnelle ? S'il peut plus n'a-t-il pas nécessaire-
« ment le pouvoir d'accorder moins ? quand d'ailleurs
« dans le cas prévu par la première ordonnance, il y a
« lieu de modifier la mesure provisoire, on ne peut
« dire qu'il réforme sa première ordonnance car, a dit
« la Cour de Lyon dans un remarquable arrêt du
« 6 mai 1861, « en faisant ce qu'il s'est réservé de
« faire loin de se réformer, il se conforme à sa pre-
« mière décision ». Aussi croyons-nous que l'on ne
« peut sérieusement contester la légalité de ces résér-
« ves. Mais cela admis, lorsque l'une des parties inté-
« ressée usant de ces réserves en a référé au prési-
« dent, la seconde ordonnance qui intervient alors
« est-elle susceptible d'appel ? Telle est la question.

« La plus récente des décisions intervenues est un
« arrêt de la Cour de Paris (première Chambre) du
« 6 mai 1867 qui déclare l'appel non recevable. Cette
« doctrine nous paraît conforme aux principes les
« plus certains du droit et de l'organisation judi-
« ciaire. Et d'abord quel est le véritable caractère de
« l'ordonnance portant permission de saisir-arreter ?
« C'est un acte de la juridiction gracieuse. Qu'elle
« accorde ou refuse la permission l'ordonnance du
« président est souveraine et non susceptible d'appel.
« Car tel est précisément le caractère des actes qui
« émanent de la juridiction gracieuse ou discrétion-
« naire. Ceci n'est pas contesté. Mais supposons que
« le Président sur les pièces qui sont produites con-
« serve quelque doute. Placé dans cette alternative de
« compromettre par un refus les droits du créancier
« ou d'accorder une autorisation vexatoire, ruineuse
« peut-être, il voudrait avant de signer l'ordonnance
« appeler devant lui le débiteur prétendu et provo-
« quer ses explications contradictoires. L'ordonnance
« qu'il rendrait dans ces circonstances serait l'ordon-
« nance de l'article 558 du Code de procédure civile,
« c'est-à-dire un acte administratif et souverain. Ceci
« encore ne peut faire doute. Mais cette lumière qui
« naîtrait des explications de la partie saisie ne pour-
« rait être sans danger provoquée avant l'ordonnance
« puisque l'on avertirait ainsi celui là même que l'on
« veut surprendre. Il faut donc, sous peine de rendre

« illusoire de bénéfice de la mesure, que le président
« accorde de suite la permission ; mais il ne pourra
« qu'accorder permission provisoire en se réservant
« la faculté de la rétracter lui-même. Au moyen de ces
« réserves, il est pourvu à tous les intérêts. Le prési-
« dent n'a d'ailleurs pas excédé les limites du pouvoir
« discrétionnaire. Seulement, en cas de difficultés, il
« modifiera l'ordonnance, la rétractera même — il
« fera en deux séances ce qu'il ne pouvait sans incon-
« vénient faire par une seule décision ; la deuxième
« quoique différente ne contiendra rien au-delà de ce
« qu'il pouvait ordonner par la première. *Ces deux*
« *décisions sont rendues par la même autorité, en vertu*
« *des mêmes attributions dans un même but, sur un seul*
« *et même fait.* On ne peut même dire qu'il y ait deux
« ordonnances ; mais en réalité la seconde, modifica-
« tive de la première, en est le complément nécessaire
« et ne forme avec elle qu'un seul et même tout. Dès
« lors si l'une de sa nature n'est pas sujette à l'appel,
« comment la seconde n'en serait-elle pas affran-
chie ?

« On fait contre cette doctrine une première objec-
« tion :

« On dit : De gracieuse qu'elle était, la matière est
« devenue contentieuse par l'effet du débat contra-
« dictoire et par suite susceptible d'appel. Ce raison-
« nement tend à confondre deux choses absolument
« séparées par la loi. Le Président a un double pou-

« voir, le pouvoir administratif ou gracieux et le
« pouvoir contentieux. Cette séparation de deux juri-
« dictions est d'ordre public : une affaire appartient
« par sa nature à la juridiction gracieuse ou à la juri-
« diction contentieuse ; il ne dépend pas des circons-
« tances, ni des volontés de la faire passer, si je puis
« dire, d'un domaine dans l'autre, de lui enlever son
« caractère, ni d'en modifier les conséquences qui en
« résultent ! Or, quelle est la mesure dont il s'agit
« ici ? Quel en est le résultat final ? Une autorisation
« de saisie-arrêt, acte de la juridiction gracieuse, dès
« lors comment pourrait-elle être susceptible d'appel ?
« — La raison en serait que dans le cas dont il s'agit
« ici, l'ordonnance aurait été précédée d'un débat con-
« tradictoire et de là on déduit cette conclusion
« qu'elle est rendue au contentieux ; ainsi l'ordon-
« nance du Président en matière de saisie-arrêt serait
« souveraine ou en premier ressort suivant les cir-
« constances, il dépendrait de lui en réservant aux
« parties la faculté de lui en référer de rendre conten-
« tieux ce qui est administratif, de modifier et amoin-
« drir entre ses mains le pouvoir discrétionnaire que
« la loi lui a délégué, en rendant sujet à appel ce qui
« en est expressément affranchi, en un mot de
« changer la loi ! Ne serait-ce pas en effet le boulever-
« sement de toutes les règles de l'organisation judi-
« ciaire ? Par quelles voies d'ailleurs est-on conduit
« à des conséquences aussi erronées ? Par un étrange

« *abus de mots*, on raisonne ainsi : la matière est con-
« tentieuse parce qu'il y a débat contradictoire, or
« cela n'est pas exact. — Contentieux et contradictoire
« ne sont pas en droit termes synonymes, n'existe-t-il
« pas en effet dans le domaine administratif propre-
« ment dit beaucoup d'autorisations précédées
« d'enquête et de contradiction et que l'on n'a jamais
« eu même l'idée de faire rentrer dans le domaine du
« contentieux ? Telles sont l'autorisation des établis-
« sements dangereux et insalubres, les règlements
« d'eau, l'ouverture des voies nouvelles, etc..... Nous
« avons d'ailleurs reconnu que la contradiction offi-
« cieuse provoquée par un Président avant l'ordon-
« nance laisserait à cette décision son caractère d'acte
« administratif et non contentieux. — En sera-t-il
« autrement parce que la contradiction a été remise
« au lendemain et qu'au lieu de la précéder elle a
« suivi la saisie-arrêt ? On chercherait vainement un
« motif de différence. Enfin on tire argument de ce
« qu'en matière de référé l'appel est de droit commun.
« L'objection serait spécieuse si l'ordonnance dont
« il s'agit pouvait être assimilée aux ordonnances de
« référé ; mais celles-ci ont tout autre caractère, en
« effet aux termes de l'article 806 du Code de procé-
« dure civile il y a lieu à référé dans tous les cas
« d'urgence, ou lorsqu'il s'agit de statuer provisoire-
« ment sur l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un
« jugement. Or, lorsque le Président a autorisé la

« saisie-arrêt sous réserve, si la partie saisie use de ce
« recours, elle ne sera tenue d'invoquer pour l'admis-
« sion de sa demande en la forme ni motifs d'urgence,
« ni titre à exécuter, c'est-à-dire aucun des cas prévus
« par l'article 806, mais elle devra invoquer la pre-
« mière ordonnance du Président lui-même et les
« réserves qu'elle contient.

« Il y a plus. Un référé dans le sens de l'article 806
« est un acte tout spontané du demandeur. Ici, c'est
« le Président lui-même qui, volontairement, ouvre
« aux parties cette voie de recours et semble les
« appeler à user de cette faculté. Ce n'est donc pas le
« référé de l'article 806 mais un recours d'une nature
« tout exceptionnelle. — Sans doute la formule de
« l'ordonnance portera ces mots : qu'il en sera référé,
« mais chercher un argument dans cette expression
« serait aussi puéril que de s'appuyer sur cette autre
« circonstance de pure forme qu'il y a assignation,
« audience publique..... On ne peut donc appliquer
« ici la règle qu'en matière de référé l'appel est de
« droit, mais il s'agit uniquement de déterminer la
« juridiction à laquelle appartient la seconde ordon-
« nance. — L'appel n'en sera pas recevable si, comme
« nous espérons l'avoir démontré, elle émane comme
« la première de la juridiction gracieuse. — Il faut
« toutefois reconnaître que l'autorisation de former
« la saisie-arrêt n'étant qu'une mesure provisoire il
« ne dépend plus du Président de la modifier ni de la

« rétracter dès que le débat s'est engagé sur le fond
« du droit par une demande en validité ou en main-
« levée de la saisie-arrêt. — Sa juridiction est dès lors
« épuisée. L'ordonnance qui, dans ce cas, viendrait
« modifier la première pourrait être attaquée pour
« incompétence et excès de pouvoir. — Il serait diffi-
« cile d'indiquer par une formule précise et absolue
« à quel moment le délai du recours est périmé. — Et
« il ne suffit pas que le Tribunal soit saisi car il est
« saisi par la dénonciation. Or c'est seulement la
« dénonciation qui révèle au débiteur saisi l'exis-
« tence de l'opposition et en même temps l'ordon-
« nance et ses réserves ; ne suffirait même pas la cons-
« titution d'avoué faite par le débiteur, simple forma-
« lité destinée à prévenir un jugement par défaut et
« n'impliquant en rien l'acceptation du débat au fond,
« mais des conclusions posées ou signifiées devraient
« à notre avis entraîner déchéance du droit d'en
« référer. — Il en faudrait dire autant d'une inaction
« prolongée depuis la connaissance de l'opposition,
« car on devrait en induire légitimement une renon-
« ciation à user de la réserve. C'est une question de
« fait..... »

La jurisprudence, ainsi que nous l'avons dit, est maintenant fixée en sens contraire quoique, dans les débuts, les décisions refusant l'appel contre la seconde ordonnance aient été très nombreuses et très sérieu-

sement motivées (1). — La dernière décision à notre connaissance, ayant dénié le droit d'appel contre la seconde ordonnance est un arrêt d'ailleurs en tous points remarquable de la 5^e Chambre de la Cour de Paris, du 15 décembre 1882 que l'on pourra consulter avec intérêt ainsi que la note du savant professeur Glasson dans D. 1883. 2. 97 (2).

1. Voy. notamment : Bastia, 12 février 1859. S. 1859. 2. 253. D. 1861. 2. 151. — Lyon, 6 mai 1861. S. 1861. 2. 487. D. 1861. 2. 113, et dans le même sens : Paris, 3 décembre 1841. S. 1842. 2. 171. D. 1842. 2. 156 ; 28 août 1843, *Journ. du Pal.* à sa date. S. 1844. 2. 114. D. 1852. 5. 25 ; 25 août 1845, *Journ. du Pal.* 1846. 1. 113 ; 6 décembre 1845, *Journ. du Pal.* 1846. 1. 113 ; 18 mars 1847, *Journ. du Pal.* 1847. 1. 489. D. 1847. 4. 14 ; 21 janvier 1852, *Journ. du Pal.* 1852. 1. 169. S. 1852. 2. 464. D. 1852. 5. 25 ; 30 mars 1852. D. 1852. 5. 25 ; 8 avril 1853, *Journ. du Pal.* 1853. 1. 540. S. 1853. 2. 181. D. 1854. 2. 90 ; 29 juin 1855, *Journ. du Pal.* 1855. 2. 252. S. 1855. 2. 406 ; 15 mars 1856. *Journ. du Pal.* 1856. 2. 16. S. 1856. 2. 204 ; D. 1856. 2. 138 ; 24 juillet 1858, *Journ. du Pal.* 1859. 750. D. 1858. 2. 144 ; 25 août 1860. D. 1860. 5. 318 ; 3 et 4 mai 1867, *Journ. du Pal.* 1867. 788. S. 1867. 2. 189. D. 1867. 2. 157 ; 31 juillet 1871, *Journ. du Pal.* 1872. 106. S. 1872. 2. 24 ; 7 août 1871, *Journ. du Pal.* 1872. 814. S. 1872. 2. 195 ; 6 février 1872. S. 1873. 2. 150. D. 1872. 2. 228. — Rouen, 9 août 1851, *Journ. du Pal.* 1853. 1. 539. S. 1852. 2. 283. D. 1852. 5. 25. — Montpellier, 7 avril 1854, *Journ. du Pal.* 1855. 2. 250. S. 1855. 2. 294. D. 1855. 2. 193. — Bordeaux, 16 juillet 1872, *Journ. du Pal.* 1872. 1182. S. 1872. 2. 291. — Cass., 13 août 1862, *Journ. du Pal.* 1863. 58. S. 1862. 1. 929. D. 1862. 1. 346.

2. Il est intéressant de remarquer que cet arrêt a été rendu

Nous avons cru devoir citer en entier la très savante dissertation de M. Blin parce qu'elle tend à rendre à la clause de référé son véritable caractère ; celui sans lequel elle serait absolument illégale ainsi que nous allons tâcher de le démontrer.

contre les conclusions développées par M^e Bertin, l'éminent auteur avocat que nous avons souvent eu l'honneur de citer et qui plaiderait pour les appelants. M. Glasson, après avoir admis comme incontestable la validité de la clause de référé dans le commencement de sa note, paraît, en fin, revenir un peu sur cette opinion et adopter la façon de voir de M. Bazot que nous avons critiquée plus haut : à savoir que la clause de référé *ne servirait qu'à avertir* la partie saisie qu'elle a une voie de recours *normale* contre l'ordonnance sur requête par cela seul et toutes les fois qu'il y a urgence : celle du référé des articles 806 et suivants du Code de procédure civile.

CHAPITRE V

SYSTÈME PROPOSÉ

CHAPITRE V

SYSTÈME PROPOSÉ

Ainsi que nous venons de le constater par la diversité et la complexité des questions soulevées par la mise en exercice de la clause de référé, nous sommes amenés à reconnaître qu'en l'état actuel nous ne nous trouvons pas malheureusement en présence d'une institution fermement assise, quoique non réglementée par la loi, et que les solutions les plus diverses sont admises à son égard par maints auteurs de grande valeur et que la jurisprudence n'est pas moins divisée sur ce sujet.

A notre avis toutes les difficultés qui subsistent encore aussi vives que jamais dans cette matière sont inextricables et le seront toujours par cela même et par cela seul qu'on a voulu voir dans la clause de référé ce que le Président de Belleyne n'a jamais eu l'intention d'instituer, et qu'on n'a pas su lui laisser son véritable caractère et sa véritable portée. Ce point

de départ, faux à notre avis, est tout simplement dû, comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer plus haut, à une confusion grossière des mots, qui a amené elle-même une assimilation radicalement fausse de deux procédures absolument distinctes ; on a voulu voir dans le droit de révision que se réservait le Président dans son ordonnance sur requête l'exercice normal de ses fonctions de juge des référés telles qu'elles sont dévolues par le Titre 16, livre 5 du Code de procédure civile ; — de là sont nées toutes les difficultés, toutes les inconséquences que nous venons de passer longuement en revue. Il nous semble qu'aucun des systèmes proposés, à l'exception de celui de M. Blin, tant en doctrine qu'en jurisprudence, ne donne entière satisfaction aux différents problèmes que la clause de référé a soulevés ; tous sont critiquables et critiqués par cela même qu'aucun n'a osé nettement affirmer et prouver que la seconde ordonnance n'était pas une ordonnance de référé et ne pouvait l'être, et que le Président lorsqu'il exerçait le droit de révision qu'il s'était ménagé agissait seulement dans les mêmes qualités que celles qu'il avait lorsqu'il s'était réservé ce droit, c'est-à-dire dans celles que l'article 548 du Code de procédure civile lui confère et non pas dans celles toutes différentes qui lui sont confiées par les articles 806 et suivants du même Code. Il nous semble également et nous allons nous efforcer de le prouver que, si l'on admet et peut prou-

ver ces deux points, la clause de référé, est non seulement parfaitement licite, mais ne soulève pas les difficultés que nous avons examinées sous les deuxième et troisième points du chapitre précédent.

L'article 558 du Code de procédure civile donne plein pouvoir, ainsi que nous le savons, au Président du Tribunal du domicile du saisi ou même du tiers saisi pour autoriser le saisissant à former saisie-arrêt, lorsqu'il n'a ni titre authentique, ni titre privé le lui permettant. Tout le monde admet que lorsque le Président use du pouvoir qui lui est conféré par cet article 558 il fait acte de juridiction gracieuse, c'est-à-dire qu'il agit discrétionnairement. Or les ordonnances autorisant des saisies-arrêts, sont grosses de conséquences et ont toujours été estimées à juste raison comme une des manifestations les plus graves du pouvoir discrétionnaire accordé au Président statuant sur requête (1).

Les Présidents l'ont compris de tout temps et ont cherché à ne rendre de pareilles ordonnances qu'en connaissance de cause et à bon escient. — Le seul moyen pour ce, était d'entendre les arguments du futur saisi, moyen que la nature même des ordonnances sur requête, sur laquelle nous ne revenons pas, rendait impraticable. — Seule la réserve d'en référer permettait d'obtenir ingénieusement le résultat désiré, sans pour cela compromettre les droits du créancier

1. Voy. De Belleyme, passage suscité, page 57.

saisissant. — Il est indispensable de l'analyser à fond pour montrer ce qu'elle était dans l'esprit de son inventeur et ce qu'elle aurait toujours dû rester.

Un créancier vient demander au Président l'autorisation de former saisie-arrêt conformément à l'article 558 du Code de procédure civile.

Le Président entendant ne répondre pareille requête qu'après des éclaircissements et des preuves aussi décisives que possible, désirerait pour faire sa conviction entendre les arguments et la défense de la partie contre laquelle il va rendre cette ordonnance. — Il ne peut songer à la convoquer avant d'autoriser la mesure sollicitée, car alors le saisi au courant de celle-ci ne manquerait pas de prendre ses mesures pour la rendre illusoire, et le créancier serait invariablement sacrifié. — Le Président dit alors au créancier : « Je ne veux et ne dois vous autoriser à former saisie-arrêt que lorsque je serai sûr que vous êtes réellement créancier et que votre créance présente les caractères nécessaires à l'exercice de la mesure que vous me demandez, et cette certitude je ne l'aurai que lorsque j'aurai entendu les arguments et les objections de votre adversaire. Je vous présume cependant créancier, pour le moment, et vous accorde la mesure que vous sollicitez, mais sous la condition expresse que si, votre adversaire, lorsqu'il aura connaissance de cette mesure, me rapporte la preuve que vous n'êtes pas son créancier, ou que votre créance

ne présente pas les caractères nécessaires pour pratiquer saisie-arrêt (certitude, exigibilité), la permission que je vous donne présentement sera censée ne vous avoir jamais été donnée et ne pourra produire aucun effet.

Nous soutenons que pareille condition insérée par le Président dans l'ordonnance qu'il rend en conformité de l'article 558 du Code de procédure civile est absolument *licite et que de plus c'est lui seul et toujours en la même qualité qui peut user de ce droit de révision qu'il s'est réservé.*

Pareille clause est licite, disons-nous !

En effet le Président, remarquons-le encore une fois, lorsqu'il répond une requête afin de saisie-arrêt, jouit d'un pouvoir discrétionnaire, faisant acte de juridiction gracieuse. — Il peut, et c'est même son devoir strict, demander au créancier requérant toutes justifications de nature à prouver ses prétentions, et si ces justifications ne lui paraissent pas suffisantes, il peut, et c'est encore son devoir, se livrer lui-même à toutes mesures d'instructions qu'il juge indispensables, pour l'éclairer sur le bien fondé de la demande du prétendu créancier ; or en disant que si le saisi demande à lui faire valoir ses arguments et sa défense, il l'entendra et en tiendra compte, s'il les estime probants, il ne fait que se conformer à sa mission, et n'outrepasse nullement les pouvoirs d'ailleurs illimités qui lui ont été donnés par la loi, — Sur ce point

d'ailleurs tout le monde est d'accord aujourd'hui.

En second lieu c'est seul le Président statuant dans les termes et limites de l'article 558 du Code de procédure civile, *c'est-à-dire sur requête* qui peut connaître du droit de revision qu'il s'est réservé dans sa première ordonnance.

Cette seconde proposition nous paraît au moins aussi évidente que la première.

Autant, en effet, trouvons-nous normal et légal que le Président qui pouvait refuser purement et simplement l'autorisation qui lui était demandée, put ne l'accorder que sous réserve, à condition naturellement que ce soit lui seul qui connaisse des difficultés devant naître de cette réserve, autant trouvons-nous anormal et illégal, que le Président put ordonner que les difficultés naissant de la réserve par lui insérée dans sa première ordonnance dussent être tranchées par un ordre de juridiction qu'il désignerait de lui-même, et ce avec tous les caractères d'une instance contentieuse !

Nous ne voyons pas comment, même lorsqu'il fait acte de juridiction gracieuse, le Président pourrait avoir semblable pouvoir ! Nous ne pouvons admettre que le Président statuant sur requête puisse désigner de sa propre autorité tel ou tel autre degré de juridiction pour connaître des difficultés qui pourront s'élever relativement à la mesure qu'il a ordonnée sur requête, comment il pourrait instituer de par sa seule volonté des voies de recours que la loi ne permet pas !

Ce serait bien là en effet l'anarchie, et le trouble grave des degrés de juridiction, la confusion inacceptable du contentieux et du gracieux que M. Bazot reproche à la clause de référé. Et si pareille thèse, si invraisemblable fut-elle, a pu être soutenue tant en doctrine qu'en jurisprudence, et a même pu triompher aujourd'hui, ce n'est que grâce à une impardonnable et grossière confusion entre les fonctions cependant absolument distinctes de Président des Référés et Président statuant sur requête. — Jamais on n'aurait soutenu, croyons-nous, que le Président statuant sur requête put, sans un excès de pouvoir flagrant, déférer au Tribunal le droit de connaître des difficultés relatives à ses ordonnances, mais il a suffi que ce droit fut dévolu, non pas au Tribunal, mais vaguement au Président (disons qu'il nous en sera référé en cas de difficultés) pour que cette confusion se produise et soit admise, pour qu'on perdît de vue les différences essentielles qui existent entre ces deux fonctions absolument distinctes du Président, pour qu'on substituât l'illégalité à la légalité ! Car nous estimons absolument illégale et entachée d'excès de pouvoir, pour les raisons mêmes que l'éminent M. Bazot fait très justement valoir et que nous venons de résumer, la clause par laquelle le Président, *statuant sur requête*, donnerait compétence au Président *statuant en référé* de connaître des difficultés que pourraient soulever son ordonnance sur requête.

Mais jamais M. de Belleyne n'a eu pareille idée, et lorsqu'il se réservait dans son ordonnance sur requête de rapporter ou confirmer cette dernière, c'était à lui, président agissant en vertu et dans les limites de l'article 558 du Code de procédure civile, et à lui seul et en cette seule qualité qu'il réservait semblable pouvoir ; et en ce faisant il restait dans les limites strictes de la légalité et de la logique ainsi que nous espérons l'avoir démontré. Lorsque dans son ordonnance rendue sur requête le Président insère ces mots « Il nous en sera référé » c'est à lui, Président *statuant sur requête*, qu'il fait allusion.

S'il avait voulu attribuer compétence au Président des référés il aurait alors employé une tout autre formule, par exemple, « Disons qu'il en sera référé au *Président des Référés*... »

Une fois ce point de départ admis, la solution des autres difficultés auxquelles la fausse conception de la clause de référé a donné naissance, se déduit tout naturellement et tout logiquement.

C'est en tant que magistrat statuant sur requête que le Président agit aussi bien lors de la seconde ordonnance que lors de la première. Nous n'aurons donc pas à trancher la question de savoir pendant quel délai le saisi peut user de la clause de référé, et nous ne nous heurterons pas à l'écueil inévitable du « Principal saisi », que l'on rencontre lorsque l'on voit dans l'exercice du droit de révision réservé par le Président un

véritable référé. — Nous n'irons pas cependant jusqu'à permettre au saisi de demander la rétractation de la première ordonnance jusqu'au jugement de validité de saisie-arrêt, *non pas pour respecter l'article 809 du Code de procédure civile, lequel n'est pas applicable en l'espèce* puisqu'il s'agit d'ordonnance sur requête et non sur référé, mais simplement parce que nous estimons que du jour où le saisi a eu connaissance indiscutable de la mesure contre lui autorisée et qu'il n'en a pas demandé le rapport, ainsi qu'il en avait le droit, mais y a au contraire acquiescé tacitement ou expressément, il est mal fondé à revenir sur son acquiescement, en résumé à *contester la valeur d'une ordonnance qu'il a acceptée* ; et nous pensons que la constitution d'avoué par le saisi sur la demande en validité de la saisie-arrêt autorisée par l'ordonnance, vaut acquiescement et par conséquent le forclos du droit de demander au Président le rapport de cette ordonnance ; d'autant que le saisi n'a pas besoin de constituer avoué pour user de cette clause, contrairement à ce qui a lieu lorsqu'il s'agit de faire valoir une exception ; et ainsi on évitera, ce qui serait assurément fâcheux en pratique, que l'ordonnance autorisant la saisie-arrêt ne soit jamais définitive.

Si on laisse à la clause de référé le caractère et la portée que nous venons de lui assigner, et qui sont les seuls vrais, la nouvelle exigence des Présidents consis-

tant à imposer au créancier la signification de l'ordonnance permettant la saisie-arrêt séparément de l'assignation en validité et de la dénonciation, devient sans objet et on supprime ainsi une nouvelle difficulté que nous avons étudiée sous la dénomination de « Clause des cinq jours ».

L'usage de la réserve de référé *n'étant pas en effet un référé*, peu importe que le principal soit saisi, et le créancier ne saurait faire échec à la demande du saisi, en lui opposant l'article 809 du Code de procédure civile qui est inapplicable en l'espèce. Seule la constitution d'avoué par le saisi rendrait inattaquable l'ordonnance de saisie-arrêt, au bout de huit jours, délai exigé pour la constitution d'avoué et pendant lequel le saisi aurait tout le temps nécessaire pour demander au Président la rétractation de son ordonnance.

Enfin la troisième difficulté soulevée par la confusion regrettable que nous avons signalée n'existerait pas davantage dans le système que nous proposons et que nous pensons avoir été celui de M. de Belleyne.

Rappelons-nous en effet que la première ordonnance (art. 558 C. de pr. civ.) est une ordonnance sur requête rendue conditionnellement. — Or de deux choses l'une : ou la seconde ordonnance confirme la première, ou elle l'infirme. Dans l'un comme dans l'autre cas les dispositions des articles 1179 et 1183 du Code civil sur les obligations conditionnelles s'appliqueront.

Si donc la seconde ordonnance confirme la première, l'effet rétroactif prévu par l'article 1179 du Code civil, fera que seule la première ordonnance sera censée avoir toujours existé.

Si, au contraire, la seconde ordonnance infirme la première ou la modifie, cette première ordonnance, en vertu des dispositions de l'article 1183 du Code civil, est censée avoir toujours refusé, ou accordé mais seulement avec les nouvelles modifications, la permission de saisir-arrêter ; en effet, cette seconde ordonnance se trouve être la condition résolutoire sous laquelle la première avait été rendue, condition qui a pour effet, une fois accomplie, « de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ».

Cette application normale des effets des obligations conditionnelles à l'ordonnance conditionnelle permettant la saisie-arrêt, a été d'ailleurs développée et très nettement mise en valeur par certains arrêts. Nous citerons plus particulièrement les attendus d'un arrêt de la première Chambre de la Cour de Paris, que nous avons déjà rapporté *in-extenso* à l'appui de la théorie qui enseigne que le saisi peut se pourvoir en référé même après l'assignation en validité.

« ... Attendu que ces réserves expressément formulées par le juge agissant dans la plénitude de son droit, de réviser son ordonnance après avoir entendu les explications de celui qu'on lui a représenté comme débiteur impriment à son autorisation un caractère

essentiellement provisoire et conditionnel ; que si, par suite, la demande en validité a été intentée avant que le juge du référé ait pu exercer son droit de révision, le Tribunal n'aura été saisi de cette demande que provisoirement et conditionnellement ; d'où la conséquence que si l'ordonnance d'autorisation est rapportée, *la condition résolutoire sous laquelle avait été saisi le Tribunal étant réalisée, le dessaisissement de ce tribunal s'opère de plein droit et rétroactivement non par l'effet direct de la décision du juge, mais par l'effet même de la loi...* » (1).

Ainsi donc les deux ordonnances se complètent à tel point qu'elles ne font *qu'une* ; la seconde ordonnance a donc forcément le même caractère que la première, elle est de juridiction gracieuse, et partant non susceptible d'appel. Peu importe qu'elle soit rendue sur assignation et après débats contradictoires, ce sont là questions de pure forme qui ne sauraient changer sa nature propre. Enfin, répétons-le encore, c'est par suite d'une confusion grossière à notre sens, qu'on a employé la procédure des articles 806 et suivants du Code de procédure civile pour saisir le Président de la demande en rapport de sa première ordonnance et on ne saurait tirer argument de cette erreur.

1. Paris, 18 juillet 1889 précité. D. 1891. 2. 49 et 50. Voy. aussi dans le même sens : Bordeaux, 19 mars 1855 précité (S. 1855. 2. 405) et Lyon, 6 mai 1861, aussi précité (S. 1861. 2. 487).

La seconde ordonnance a le même caractère que la première, *c'est la condition indispensable selon nous pour que la clause dite de référé soit valable*. Le Président aurait d'ailleurs pu tout aussi bien décider que le saisi qui voudrait user de la clause de référé n'aurait par exemple qu'à faire part de son intention à son greffier, lequel aurait convoqué le créancier par simple lettre ; rappelons-nous encore que l'exercice de la réserve de référé n'est qu'une mesure d'instruction, un supplément d'information que le Président agissant sur requête a jugé indispensable de se ménager, et non pas le recours en référé qu'il n'a jamais été dans l'intention du Président de Belleye d'édicter, et qui eût été absolument illégal ainsi que nous espérons l'avoir démontré.

Il nous semble futile dans ces conditions de vouloir argumenter des formes d'une procédure que seules des raisons pratiques et une analyse insuffisante de la nature de la clause de référé ont fait choisir, amenant d'ailleurs à son tour une confusion des fonctions essentiellement distinctes du Président, pour vouloir donner à la seconde ordonnance un caractère qu'elle n'a jamais eu. Nous renvoyons d'ailleurs sur ce point à la très solide et très habile dissertation de M. Blin que nous avons cru devoir rapporter plus haut en entier (1).

1. Voy. pages 139 et suivantes.

Le Président ne peut agir, aussi bien lors de sa première ordonnance que lors de sa seconde, qu'en qualité de président statuant sur requête et dans les termes et limites de l'article 558 du Code de procédure civile ; sa seconde ordonnance est donc irréfutable comme sa première.

Nous croyons que si l'on n'avait pas perdu de vue la distinction fondamentale et d'ordre public qui existe entre les différentes attributions du Président, les difficultés que nous avons examinées au sujet de la mise en action de la clause de référé, ne se seraient pas produites, et que le saisi aurait trouvé dans cette institution la sauvegarde précieuse et indispensable que la subtile ingéniosité du Président de Belleyne avait élaborée, et dont la fausse interprétation a gravement compromis les bons résultats pratiques en soulevant toute une série de points obscurs et discutés qui ne peuvent que nuire au saisi.

CHAPITRE VI

CONCLUSION

CHAPITRE VI

CONCLUSION

De l'étude à laquelle nous venons de nous livrer, nous sommes amené à conclure que l'on ne doit voir dans la clause de référé qu'un ingénieux subterfuge pratique pour obvier aux inconvénients incontestables et incontestés des ordonnances sur requête et non pas un mode de recours prévu par la loi. L'on n'est en droit, en conséquence, de demander à ce subterfuge que deux choses : d'être légal et d'être pratique.

Nous l'estimons parfaitement légal, et nous espérons que l'on sera de notre avis, à la condition de l'analyser ainsi que nous venons de le faire dans le chapitre précédent et de le laisser entièrement dans la sphère des attributions qui ont été dévolues au Président par l'article 558 du Code de procédure civile, et plus généralement au président statuant sur requête, et d'en retirer sans aucune réserve la connaissance au juge des référés, qui n'a et ne saurait avoir compétence en cette matière.

Ce subterfuge quoi qu'en disent certains auteurs est pratique en dépit des incertitudes de la jurisprudence et des exigences de la Cour suprême.

Il y aurait cependant beaucoup à faire pour le rendre plus pratique et notamment pour soustraire le saisi à la fausse application de l'article 809 du Code de procédure civile, car aussi bien disposés que soient les présidents de référés et les Cours d'appel en faveur de la clause de référé, ils sont forcés, lorsque le créancier saisissant le requiert, de se déclarer incompetents dès que le principal est saisi par la dénonciation de l'opposition et l'assignation en validité, alors même que l'assignation en référé est antérieure à celle au principal. Nous en avons fait tout récemment l'expérience, et nous avons été forcé de constater que, quoique à regret, les présidents de référés s'inclinent devant la Jurisprudence de la Cour de cassation, exigeant que l'ordonnance de référé, soit elle-même antérieure à l'assignation au principal, ce qui est à peu près impossible (1), et rendrait vain l'appel que la Cour de cassation admet cependant contre la seconde ordonnance, cet appel étant forcément toujours postérieur à l'assignation en validité, la Cour

1. Voir ordonnance de référé du Président du Tribunal civil de la Seine du samedi 23 septembre 1909, Affaire Compagnie Générale de Navigation aérienne contre Société Ariel, avoués Haquin et Plaignaud.

suprême ne reconnaissant en effet « pas plus de pouvoir à la Cour d'appel qu'au juge des référés » sur ce point.

De même la discussion à l'audience ordinaire des référés de questions aussi délicates et aussi complexes est très préjudiciable au saisi ; la plupart du temps le président ne peut se faire une opinion à l'audience même et rendre son ordonnance sur le siège ; il renvoie alors à huitaine pour pouvoir étudier les pièces ; pendant ce temps le créancier assigne en validité, le délai de cinq jours à lui imposé étant forcément expiré et étant obligé d'observer d'autre part le délai de huitaine qui lui est imparti par l'article 563 du Code de procédure civile à peine de nullité de sa saisie-arrêt, et alors le principal se trouve saisi au moment où le juge va rendre son ordonnance, ce qui l'oblige à renvoyer au principal sans statuer si le créancier le demande.

De plus le simple fait que les débats n'auraient pas lieu à l'audience publique des référés, mais, par exemple, dans le cabinet du président, faciliterait peut-être le retour de la jurisprudence aux vrais principes puisque le fait inverse a eu pour effet, ainsi que nous l'avons vu, de l'égarer.

Seule une intervention du législateur pourrait rendre à ce remède indispensable toute son utilité pratique. La multitude des systèmes proposés, les divergences nombreuses de la jurisprudence, la fausse

conception aujourd'hui séculaire, de la clause de référé, ainsi que la non moins longue et fausse procédure employée pour sa mise en action empêcheront toujours, à notre avis, un revirement dans la jurisprudence et un retour aux vrais principes. Il serait désirable que le législateur mît fin par un texte précis aux incertitudes d'une pratique mal comprise ainsi qu'il l'a fait pour l'affectation spéciale et la limitation des effets des saisies-arrêts par la courte loi du 17 juillet 1907.

En attendant ce texte, et dans l'état actuel de la jurisprudence, l'on pourrait peut-être tirer parti de cette loi du 17 juillet 1907 pour éviter les effets désastreux de la jurisprudence de la Cour de cassation que nous venons d'examiner et ce de la façon suivante : Cette loi décide que le juge des référés est compétent *en tout état de cause, alors même que le principal serait saisi par l'assignation en validité*, pour limiter les effets de la saisie-arrêt, moyennant consignation par le saisi de la somme à laquelle le juge des référés liquidera la créance du saisissant. Lorsque le saisi est en mesure de prouver qu'il n'est pas débiteur, ne pourrait-il pas, même le principal saisi et en vertu de la nouvelle loi, non pas demander le rapport de l'ordonnance, mais demander au président des référés de liquider et évaluer la créance du saisissant à par exemple, un franc ! Ainsi le Tribunal resterait saisi de la demande en validité que la Cour de cassation ne reconnaît pas au président des référés

le droit d'anéantir, et le saisi ne trouverait-il pas dans pareille ordonnance un avantage à peu près égal à celui qu'aurait pu lui procurer une ordonnance rétractant complètement la permission de saisir originairement accordée !

Nous ne croyons pas que l'occasion se soit encore présentée de voir l'accueil que réserveraient les présidents des référés à un semblable moyen !

VU :

Le Président de la thèse,
A. LE POITTEVIN.

VU :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — Généralités sur la saisie-arrêt et ses effets	1
<i>Section I.</i> — Qu'est-ce que la saisie-arrêt ? . .	4
<i>Section II.</i> — Mécanisme de la saisie-arrêt . .	12
<i>Section III.</i> — Etendue de la saisie-arrêt et de ses dangers	21
<i>Section IV.</i> — Aperçu des remèdes apportés à ces dangers et non traités dans cet ouvrage . .	32
CHAPITRE II. — Généralités sur la clause de référé. Difficultés qu'elle a soulevées	49
<i>Section I.</i> — Inconvénients des ordonnances sur requête. But et formule de la clause de référé .	51
<i>Section II.</i> — Position du problème à résoudre :	58
1 ^{er} point : La clause de référé est-elle valable ?	58
2 ^e point : Pendant quel délai peut-on en user ?	58
3 ^e point : Voies de recours contre la seconde ordonnance et son caractère	58
CHAPITRE III. — Ordonnances sur requête et ordonnances de référé	61
<i>Section I.</i> — Nature des ordonnances sur requête. — Voies de recours dont elles sont susceptibles	65

	Pages
<i>Section II.</i> — Aperçu de la juridiction des référés	70
CHAPITRE IV. — Examen de la doctrine et de la jurisprudence sur les trois difficultés soulevées par la clause de référé	77
<i>Section I.</i> — 1 ^{er} point : Validité de la clause de référé	79
§ A. — 1 ^{er} système : La clause de référé est illicite.	80
§ B. — 2 ^e système : La clause de référé est licite.	92
§ C. — 3 ^e système : La clause de référé est licite mais inutile	103
<i>Section II.</i> — 2 ^e point : Pendant quel délai peut-on user de la clause de référé ?	110
§ A. — 1 ^{er} système : Sitôt le principal saisi, la clause de référé cesse de pouvoir être mise en action. Qu'entend-on par principal saisi. Différents systèmes. Jurisprudence	112
§ B. — 2 ^e système : En tout état de cause et jusqu'au jugement de validité le juge des référés reste compétent. Jurisprudence	120
§ C. — Système inventé pour contrebalancer les résultats de jurisprudence de la Cour de cassation. Validité de la clause dite « des cinq jours ». Jurisprudence	128
<i>Section III.</i> — 3 ^e point : Voies de recours contre la seconde ordonnance. Son caractère.	133
§ A. — Généralités	133
§ B. — 1 ^{er} système : C'est une ordonnance de référé normale, susceptible d'appel	136
§ C. — 2 ^e système : Cette seconde ordon-	

	Pages
nance, comme la première est de juridiction gracieuse et partant, n'est pas susceptible d'appel	139
CHAPITRE V. — Système proposé.	149
CHAPITRE VI. — Conclusion	165

